الوجيز في عقد البيع
في القانون المدني الكويتي

أن أجمل البحار ذاك الذي لم نذهب
إليه بعد
وأجمل الأطفال من لم يكبر بعد
وأجمل أيامنا التي لم نعشها بعد
وأجمل ما أريد قوله لم أقله بعد
وأجمل [illegible] بعد

للدكتور أحمد السعيد الزقرد
قسم القانون الخاص - بكلية الحقوق
جامعة الكويت

بسم الله الرحمن الرحيم

- **منهج الدراسة:**

١ - عقد البيع، أحد أهم العقود التي تنظم المعاملات المالية، وأكثرها شيوعاً.

والاحصاءات تؤكد أن الأسرة في فرنسا مثلاً تبرم من ثلاثة إلى أربعة آلاف عقد بيع في العام مقابل عقد واحد أو عقدين للايجار، وثلاثة عقود عمل فقط[١].

وتتنوع عقود البيع، لتبلغ في حدها الأدنى، شراء جريدة، في الصباح، وفي حدها الأقصى بيوع الآلات، والمعدات المعقدة، كالطائرات وغيرها، فيما يسمى ببيوع القرن Les Ventes du Siècle. وبين الحدين الأدنى، والأقصى، تتنوع عقود البيع، خصوصاً في المجتمعات التي تتميز بالصبغة التجارية الواضحة - كالمجتمع الكويتي - لذا، فقد أفرد المشرع الكويتي، كغيره[٢] للبيع ما يربو على **ستين مادة بالقانون المدني، وكذا، بالقانون التجاري، فضلاً عن عن صدور قوانين خاصة تمس البيع مباشرة، أو بصورة غير مباشرة**[٣]. ناهيك عن تعديل بعضها حديثاً[٣مكرراً].

٢ - ومن ناحية أخرى - فقد انعكس التطور الاقتصادي، والاجتماعي، والتقني المعاصر على عقد البيع، فنظراً للإنتاج الضخم de mass من ناحية والتوزيع على نطاق واسع للسلع، والخدمات، في محلات التوزيع الكبرى من ناحية أخرى، اتسعت الهوة بين البائع الذي يعلم بالمبيع والمشتري الذي لا يعلم، وأصبح البيع، توزيعاً[٤]

---

(١) الاحصائية عن كاربونيه - في القانون المرن - الطبعة الثانية - ١٩٧١ - ص ٢١٨ وفافار / ص ٧ - وانظر بيل - /ص ١ - أوى (ج) -/ص٣٥/ بند ١١٠٠١ - وص٣٦ - وص٥٢.

(٢) مثلاً المواد من ٤١٨ إلى ٤٨١ من القانون المدني المصري - والمواد من ١٥٨٢ إلى ١٧٠١ من القانون المدني الفرنسي.

(٣) قانون التسجيل العقاري رقم (٥)/ ١٩٥٩ - المعدل بالمرسوم بقانون رقم ٧٣/ ١٩٧٩.

(٣مكرراً) المادتان ٤٥٩، و٥١٩ مدني مكرراً، بقانون رقم ١٥/١٩٩٩٦ والأولى عُدلت - والثانية أضيفت منشور بالجريدة الرسمية (الكويت اليوم/ ٢ يونيه ١٩٩٦) ع٢٥٩/س٤٢.

(٤) Contrat de distribution.

والمشترى، مستهلكاً[٥] والبائع موزعاً[٦] وتدخل المشرع، بقوانين خاصة لحماية «المستهلك» الطرف، الضعيف في العلاقة التعاقدية[٧] ولم يعد الفقه الحديث يعرض لعقد البيع، بدون دراسة تأثير قوانين حماية المستهلك، سواء في مراحل إبرام العقد[٨] أو آثار العقد ذاتها[٩].

٣ - كما أن التطور الهائل في العلوم، ووسائل الاتصالات خصوصاً، انعكس بآثاره الكثيفة، والكئيبة أحياناً على عقد البيع. فظهرت عدة بيوع حديثة، كالبيع بالتلفزيون، والبيع بواسطة شبكة الاتصالات الدولية internet، وتدخل المشرع بنصوص خاصة لتنظيم هذه البيوع. ولم يعد الفقه الحديث، يعرض لعقد البيع، دون دراسة هذه البيوع الحديثة[١٠].

كذا فإن تطور وسائل المواصلات، جعل العالم قرية صغيرة، فأصبحت

---

(٥) Consommateur.

(٦) distrubuteur - وتفصيلاً، للمؤلف - الحماية المدنية من الدعاية التجارية. الكاذبة، والمضللة، - مجموعة البحوث القانونية، والاقتصادية - كلية الحقوق - جامعة المنصورة ٢٧/ ١٩٩٤ - ص ٣ - وبعدها - وبيولي - التوزيع التجاري/ ١٩٩٠.

(٧) في عرض هذه القوانين - المؤلف - حق المستهلك في الصحة، والسلامة - رسالة من فرنسا - جامعة مونبلييه - ١٩٩٠.

(٨) مثلاً قانون ٢ يوليه ١٩٦٣ - وقانون Royer - ٢٧ ديسمبر ١٩٧٣ - وهما يتعلقان بالاعلانات التجارية- وقانون ٦ يناير ١٩٨٨ - الخاص بحق المشتري في إعادة النظر في المبيع في البيع بواسطة التلفزيون - وقانون ١٠ يناير ١٩٧٨ - الخاص باعلام المستهلك - وقانون ١٠ يناير ١٩٧٨ الخاص بالقرض الاستهلاكي أو الالحاح في العمليات المالية - وقانون ٢٢ ديسمبر ١٩٧٢ - الخاص بحماية المشترين في البيوع المنزلية، وغير ذلك كثير - وانظر، أوى (ج)/ ص ١٠٤/ بند ١١١٥٦ - وحستان وديشي/ بند ٩٥.

(٩) مثلاً قانون ٢١ يوليه ١٩٨٣ - الخاص بحماية سلامة المستهلك في بيوع السلع والمنتجات. والتوجيه الأوروبي الصادر في ٢٥ يوليه ١٩٨٥ - الخاص بمسئولية المنتج المدنية عن الأضرار الناشئة عن المنتجات..

(١٠) مثلا فافار/ ص ٤٠ - ص ٤١ - وللمؤلف حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون - مجلة الحقوق/ ع ١٩ سبتمبر ١٩٩٥/ ص ١٧٩ - جستان وديشي ص ١٠٢/ بند ٩٥ وبند ٢٧٦ - وبعده، تيفراي، وجراني - البيع الدولي / ١٩٨٥ - طبعة CFCE - بينابو / ص ٧٣/ بند ١٢٣ - واوى (ج)/ ص٣٩/ بند ١٠٠٥.

علاقات البيع، والشراء، تتجاوز - في عصرنا - مجرد العلاقات الداخلية البحتة. ففرض عقد البيع الدولي نفسه، وبالأخص في العلاقات التجارية - في عالم يسعى إلى إقامة نظام اقتصادي دولي جديد. وبما أن تنمية التجارة، عنصر مهم في تعزيز العلاقات بين الدول. لذا، وجدت قواعد قانونية دولية موحدة في نطاق البيع. وتمثل ذلك خصوصاً في اتفاقية فيينا - ١١ أبريل ١٩٨٠ بشأن البيع الدولي للبضائع، ولم يعد الفقه الحديث، يعرض لعقد البيع دون عرض لأحكام البيع الدولي[١١].

٤ - وبين تأثير قوانين حماية المستهلك على عقد البيع، والبيوع الحديثة، والقواعد القانونية الدولية الموحدة في البيع فضلاً عن تعديل بعض نصوص عقد البيع بقانون ١٩٩٦/١٥ يقع المؤلف في حيرة شديدة، لا يخفيها فلا يمكن عرض هذه المسائل باسهاب في مؤلف عام. ومجرد الإشارة إليها لا يغني عن دراستها تفصيلاً، لذا، فقد عمدنا في محاولة للتوفيق بين الاعتبارات المتعارضة إلى شرح أهم البيوع الحديثة، مع عرض للبيوع الدولية، وآثار قوانين حماية المستهلك، إنما في ضوء احتياجات الحياة العملية في دولة الكويت. وقد راعينا - خصوصا - عدم الإغراق في مسائل فلسفية أو تاريخية، لا تهم غير المتخصصين، وحصرنا - لطبيعة الدراسة - المقارنة بين القانون الكويتي، وغيره في حدود ضيقة، مع عرض أحكام القضاء[١٢] وآراء الفقه والتعديلات الحديثة لبعض النصوص، بالتفصيل المناسب.

التنظيم القانوني لعقد البيع

٥ - كانت مجلة الأحكام العدلية، تحكم منذ عام ١٩٣٨ كثيراً من أصول المعاملات المدنية في البيع، والإيجار، والهبة، والحوالة، والكفالة... وغيرها[١٣].

ثم أصدر المشرع الكويتي مجموعة من التشريعات، حلت محل العديد من

---

(١١) جستان ودبشي/المطول/ عقد البيع ١٩٩٠/ ص ٣ بند ٤ - ومازو، وشابا/ البيع والمقايضة ط٧/ بند ٧٥٠ و٧٥٢ وفي شرح الاتفاقية - المؤلف في البيع الدولي للبضائع - دراسة لاتفاقية فينا ١١ أبريل ١٩٨٠ - الدورات التدريبية بكلية الحقوق بجامعة الكويت ١٩٩٤ - ماليري وآنيس/ ص ٥٦/ العقود الخاصة/ ١٩٩٦ بند ٦٥.

(١٢) في القضاء كمصدر لعقد البيع - ماليري، وإينيس - ص ٥٧/ بند ٦٦.

(١٣) وردت أحكام عقد البيع، بالكتاب الأول من المجلة، ويحتوي على ٣٠٣ مادة - وانظر في شرح أحكام عقد البيع بالمجلة - جمال الدين زكي - الكويت ١٩٧٥ - ص ١٥.

الموضوعات التي كانت تحكمها المجلة المذكورة، في نطاق القانون المدني منها، وأهمها - فيما يتعلق بالبيع، المرسوم بقانون رقم ١٩٥٩/٥ الخاص بالتسجيل العقاري[١٤].

ولم يصدر تشريع آخر - فيما نعلم - ينظم مسألة أخرى من مسائل البيع، وإن صدرت تشريعات أخرى في غيره[١٥]. وبذا، فقد كانت المجلة وهي تقنين للفقه الحنفي، بمثابة القانون الذي يحكم عقد البيع بصفة عامة.

وقد أُخذ[١٦] على المجلة في البيع، كما في غيره من الموضوعات، الإغراق في التعريفات، وعدم التبويب، أو التناسق، وقصر أحكامها على المذهب الحنفي دون غيره من مذاهب الاجتهاد في الفقه الإسلامي. فضلاً عن أنها لم تعد تساير مقتضيات العصر، وتطوره في دولة الكويت[١٧].

٦ - وفي مرحلة لاحقة، أرتأى المشرع الكويتي، إصدار قانون يساير مقتضيات العصر يحكم المعاملات التجارية. وعندها واجه مشكلة غير مألوفة،

---

(١٤) المعدل بالمرسوم بقانون رقم ٧٣/ ١٩٧٩.

(١٥) مثلاً، قانون العمل غير المشروع رقم ١٩٦٢/٦ المعدل بقانون ٤٢/ ١٩٦٧ - والتأمينات العينية - بقانون رقم ٤٣/ ١٩٦١ - والقانون رقم ١٩٧١/٢٥ في بعض أحكام عقد الإيجار العقاري - وانظر عباس الصراف - شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ط (١:) ١٩٧٥ ص ٥ - الحاشية رقم (١).

(١٦) مثلاً، عبدالفتاح عبدالباقي، مذكرات في نظرية الالتزام في القانون المعاصر وفقاً لقانون التجارة الكويتي مقارناً بالشريعة الإسلامية، وأحكام المجلة - ط (١).
مصادر الالتزام - الكويت - ١٩٧٢ ص ٨، ص ٩ - عبدالحي حجازي - المدخل لنظرية القانون، الكويت ١٩٧٢ - ص ٢٩٦ - محمد هشام القاسم - الحقوق العينية - مذكرات ١٩٧٠/ ١٩٧١ ص ٢ - الشيخ سليمان دعيج الصباح - مقدمة مدونة القانون المدني، ص ١٠ وعكس ذلك مصطفى الزرقا «مجلة الأحكام العدلية، وحركة التقنين الإسلامي، مجلة القضاء والتشريع - ع ١ س ١ - ص ٢٦.

(١٧) وكان عقد البيع، بالمجلة يتسع لكل مبادلة مال بمال، وينقسم إلى أربعة أقسام: بيع المال بالثمن، ويسمى بالبيع المطلق، وبيع النقد بالنقد، وهو الصرف، وبيع العين بالعين، وهو المقايضة، وبيع مؤجل بمعجل، وهو السلم - انظر م ١٠٥ - ١٠٦ من المجلةوالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني ص ٣٦٣ - وتمييز ١٩٨٧/١٢/٢١ مطبقاً أحكام المجلة العدلية على البيع الذي أبرم في ظلها - مجلة القضاء والقانون س ١٥ - ٣٨٢ - رقم ١١٠. وبينما عدل القانون المدني الكويتي عن بيع السلم، عام ١٩٨٠ - عاد إليه مرة أخرى - عام ١٩٩٦ - انظر القانون رقم ١٩٩٦/١٥ سابق الإشارة.

فالمجلة، وهي قانون المعاملات المدنية - كما أسلفنا - لا تحتوي على نظرية عامة في الالتزام. وإصدار قانون حديث للتجارة يقتضي بالضرورة، أن يتضمن مثل هذه النظرية. ولذا، صدر قانون التجارة رقم ٢/١٩٦١، مشتملاً على أصول للنظرية العامة للالتزام. والغريب، أنها اشتملت على العديد من الأحكام التي لا تطبق إلا على المعاملات المدنية. من ذلك مثلاً ما ورد بنص م ٣٦٢، متعلقاً بتقادم حقوق الأطباء، والصيادلة، والمحامين، والمهندسين، والخبراء، ومديري التفليسة، والسماسرة، والأساتذة، والمعلمين، بخمس سنوات إذا كانت هذه الحقوق واجبة لهم عما أدوه من أعمال مهنتهم، وما تكبدوه من مصروفات.

وهذا النص، كما يبين من صياغته يعالج مسألة تتعلق تارة بالمعاملات المدنية البحتة، والمعاملات المختلطة mixtes، تارة أخرى، «فيما يتعلق بحقوق المحامين، والمهندسين»، وكذا ورد نص م٣٦٣ من قانون التجارة الخاص بتقادم الضرائب، والرسوم المستحقة للدولة بمضي ثلاث سنوات ينظم مسألة من مسائل المعاملات المدنية وغير ذلك كثير.

٧ - **وفي نطاق البيع**، نص قانون التجارة على سريان أحكامه على البيوع التي تكون تجارية بالنسبة لأحد طرفيها، وبرر البعض[١٨] ذلك بعجز المجلة عن مسايرة المعاملات المالية المتشابكة[١٩].

وفي عام ١٩٨٠، صدر القانون المدني الجديد، وقانون التجارة الجديد، وكان مأمولاً، في ظل الحركة التشريعية الحديثة أن يستقل قانون التجارة بتنظيم المعاملات التجارية، وألا يشتمل على نظرية عامة للالتزام، كتلك التي تشملها مدونة القانون المدني، وألا يسري خصوصاً على البيوع المختلطة، باعتبار أن التقنين المدني، الشريعة العامة لحكم مسائل القانون الخاص[٢٠].

---

(١٨) عبدالفتاح عبدالباقي/ ص ١٦ - ولكن العديد من الفقهاء، نادى بتدخل المشرع باصدار مدونة القانون المدني، مع تعطيل ما ورد بقانون التجارة، خاصة بالنظرية العامة للالتزام، والبيوع المدنية، إلى حين صدور مدونة القانون المدني - عبدالحي حجازي / ص ٢٣.

(١٩) وقد عرض التقنين التجاري لاركان البيع في فصل أول- وبعض أنواع البيوع في فصل ثان.

(٢٠) وبذا، لا نسلم بما يراه البعض «حسني المصري» العقود التجارية في القانون الكويتي والمصري، والمقارن مكتبة الصفار/ ص ٦٣ - بند ٤٧ في معرض التفرقة بين البيع التجاري، والمدني بأن الأخير، يقع بين بائع، ومستهلك، حين يقع الثاني بين تاجر الجملة، وتاجر التجزئة ففي الاثنين، يعتبر البيع تجاريا في القانون الكويتي. وانظر الأهواني/ عقد البيع في القانون المدني الكويتي/ ١٩٨٩/ ص١٧.

ومع ذلك، فقد جاء قانون التجارة الجديد، متضمناً العديد من مسائل البيع التجارية التي لا تختلف عن مثيلتها في القانون المدني، كما توسع خصوصاً في البيع التجاري على حساب البيع المدني، بسريانه على العمل المختلط أي الذي يعتبر تجارياً لطرف، ومدنياً لطرف آخر، فنص على أنه إذا كان العقد تجارياً بالنسبة لأحد العاقدين دون الآخر، سرت أحكام قانون التجارة على التزامات العاقد الآخر الناشئة من هذا العقد[٢١] ناهيك عن تضمنه لنظرية عامة في الالتزام، لا تختلف عن تلك الواردة بمدونة القانون المدني.

– وهكذا، ينحصر البيع الذي تسري عليه أحكام القانون المدني في نطاق العقارات[٢٢] وكذا في بيوع المنقولات فيما بين الأفراد العاديين.

– ويمكن تفسير الازدواج التشريعي الذي ترتب عليه اتساع نطاق البيوع التجارية على حساب البيع المدني، بأن القانون الأخير، يحظر تقاضي الفوائد التأخيرية. بينما نص قانون التجارة على الفائدة. فإذا تم التوسع في البيوع التجارية بسريانها خصوصاً على البيوع المختلطة – وهي أغلب المعاملات المالية – أمكن بذلك التهرب من الحظر الوارد بالقانون المدني على تقاضي فوائد التأخير[٢٣]. وبعبارة أخرى أمكن التوسع في الأخذ بالفائدة.

---

(٢١) في هذا المعنى، ونقده الأهواني/ عقد البيع في القانون الكويتي – ١٩٨٩/ص ١٥/ بند ١٦– وعكسه حسني المصري/ ص٦٣ بند ٤٧.

(٢٢) وحتى البيوع العقارية، إذا كان الغرض منها، المضاربة – فإنها تعتبر في أحكام القضاء، عملاً تجاريا تسري عليها الأحكام الخاصة بالبيع التجاري تميز ٥/ ١// ١٩٨٣ مجلة القضاء والقانون س ١١ –ع ١ – ١ اكتوبر ١٩٨٥ – ١٦١ فيما أشار إليه الأهواني – مرجع سابق – ص ١٣.
– ويستدل على قصد المضاربة من حجم الصفقة، وانصرافها إلى مساحات شاسعة، ومن اعطاء البائع للمشتري توكيلاً له بالتصرف فوراً في العقار لمن يشاء وإجراء مشاريع التقسيم مثلاً – تمييز ٢٦/ ١١/ ١٩٧٧ س– غير منشور – أشار إليه الأهواني – مرجع سابق/ ص ١٣.

(٢٣) وفسره البعص الآخر – الأهواني / ص ١٢/ بند ١٤ – بغياب التنسيق بين واضعي قانون التجارة، والقانون المدني – في تلك الفترة – وإن أشار – مع ذلك إلى الفائدة .... ونعتقد بأن حظر الفائدة بالقانون المدني، والأخذ بها بالقانون التجاري – كانت سبباً جوهرياً لتوسيع نطاق البيع التجاري على حساب البيع المدني – وفي نقد هذه المسألة – المؤلف: – البيع الدولي للبضائع – دراسة في اتفاقية فينا ١١ أبريل ١٩٨٠ – محاضرة بالدورات التدريبية – بكلية الحقوق بجامعة الكويت. وبأن قانون التجارة، على عكس القانون المدني جاء مخالفاً في ذلك أحكام الشريعة الإسلامية – طعمة الشمري/ الوضع القانوني للفوائد الربوية في القانون الكويتي/ مجلة الحقوق/ سبتمبر ١٩٩٤/ س١٨/ ص١٦٩، ١٨١، ١٨٣.

تقسيم الدراسة:

٨ - وردت أحكام عقد البيع بالقانون المدني بالباب الأول من الكتاب الثاني وتحديداً بالمواد من ٤٥٤ إلى ٥١٩ - وقُسم عقد البيع إلى فرعين: الأول عن البيع بوجه عام، اشتمل بدوره على أركان البيع، وآثاره (التزامات البائع، والمشتري).

أما الفرع الثاني، فقد خصص لتنظيم بعض أنواع البيوع، كبيع الوفاء وبيع ملك الغير، وبيع الحقوق المتنازع فيها، وبيع حصة في تركة، والبيع في مرض الموت. وأخيراً، بيع السلم المضاف بقانون رقم ١٥/١٩٩٦.

- وقد جرى البعض[٢٤] في شرح أحكام عقد البيع على ذات الخطة التي اتبعها المشرع أي دراسة البيع بوجه عام في باب أول - ثم بعض أنواع البيوع في باب ثان. غير أن جانباً آخر من الفقه[٢٥] دمج بعض أنواع البيوع بالباب الأول، بردها إلى أصولها العامة بالباب المخصص لها في دراسة البيع بوجه عام. وسوف، نأخذ بالخطة التي انتهجها المشرع الكويتي، تيسيراً للبحث من جهة، وإيضاحاً لما لبعض أنواع البيوع من أهمية عملية من جهة أخرى[٢٦].

٩ - وبناء على ما تقدم، نتناول البيع بوجه عام في باب أول - على أن نخصص الباب الثاني لبعض أنواع البيوع - ولكننا، نقدم لذلك بفصل تمهيدي نعرض فيه للتعريف بالعقد، وخصائصه، وتمييزه عما عداه.

---

(٢٤) تناغو/ عقد البيع - منشأة المعارف بالاسكندرية - بدون سنة نشر ص ٣٤/ بند ٧.

(٢٥) الأهواني/ ص١٥/ الشرقاوي/ شرح العقود المدنية/ البيع والمقايضة/ القاهرة ١٩٩١/ ص٣٤/ بند ١٠.

(٢٦) ونقصد بيع ملك الغير، وبيع الحقوق المتنازع عليها - وبيع المريض في مرض الموت وبيع السلم - بصفة خاصة - لاحقاً - بند/ ٣٠٠.

فصل تمهيدي:

في التعريف بالبيع، وخصائصه، وتمييزه.

- مبحث أول: ماهية البيع، وخصائصه.
- مبحث ثان: تمييز البيع عن غيره من العقود التي قد تختلط به، أو تتشابه معه.

الفصل التمهيدي
عقد البيع، خصائصه، وتمييزه عن غيره

تمهيد وتقسيم:

١٠ - البيع، كقاعدة عامة، عقد رضائي[٢٧] يتم بمجرد تبادل المتبايعين، التعبير عن إرادتين متطابقتين، على انتقال ملكية شيء، أو حق مالي آخر مقابل ثمن نقدي. كذا، فإن البيع عقد معاوضة[٢٨]، ملزم للجانبين[٢٩]، ومن العقود المحددة[٣٠].

على أن ما يميز البيع بصفة خاصة عما عداه، أنه عقد تمليك، وأن نقل الملكية لا يتم إلا بمقابل نقدي[٣١].

١١ - وبذا نتناول تعريف البيع، وخصائصه - **في مبحث أول** ثم تمييز البيع عن غيره من العقود - **في مبحث ثان**.

---

(٢٧) فلا يحتاج لانعقاده إلى شكل خاص، حتى وإن اشترط المشرع التسجيل لنقل الملكية في العقارات. مالم يرد نص، أو اتفاق بغير ذلك - من ذلك مثلاً ما نصت عليه م٧٤٣ مدني مصري بأن العقد الذي يقرر المرتب «لمدى الحياة» لا يكون صحيحاً، إلا إذا كان مكتوباً. وما نصت عليه م٣٦ من قانون التجارة الكويتي بأن بيع المتجر لا يتم إلا بورقة رسمية، وإلا وقع باطلاً - وتطبيقاً لذلك - تمييز ١٦/ ١/ ١٩٨٩ - مجلة القضاء، والقانون - مرجع سابق - ص٤٧٢ - رقم ١٤.

(٢٨) وبذا، لا يجوز الطعن في البيع بالغلط في شخص المتعاقد - م١٤٧ مدني كويتي. ويجب إثبات الغش، والتواطؤ إذا أريد الطعن بالبيع بدعوى عدم نفاذ التصرفات القانونية م٣١١ مدني كويتي.

(٢٩) فإذا لم يقم أحد المتابعين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر طلب الفسخ - المادة ٢٠٩ مدني كويتي. وإذا استحال على أحدهما تنفيذ التزامه انقضى هذا الالتزام بسبب استحالة التنفيذ، وانقضى تبعاً له الالتزام المقابل م٢١٥ مدني. وكذا يجوز لأحد المتعاقدين الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه م٢١٩ مدني. ويقال - تقليدياً أن عناصر البيع: الشيء Res والثمن Pretium والرضا Consensus - دالوز - لفظه - بيع - رقم ٤١ - وأوى (ج). أهم العقود الخاصة ١٩٩٦ ص٤٦.

(٣٠) بما يترتب عليه من جواز الطعن في العقد على أساس الغبن. وإن أمكن الطعن - في العقود الاحتمالية على أساس الاستغلال.

(٣١) وسوف نكتفي بهما، كونهما يميزان البيع عما عداه، أما الخصائص الأخرى التي يشترك فيها البيع مع عدد كبير من العقود الأخرى، فلن نعرض لها. ونحيل في شأنها إلى المؤلفات العامة في نظرية الالتزام: وانظر - ماليرى، وآينيس - بند ١٩٠ - كولار، وديلبك/العقود المدنية والتجارية ط١٩٩٣ بند ١٢٣ - أوي (ج) - المطول/ العقود الأساسية الخاصة ١٩٩٦/ ص٤٨/ بند ١١١٠٦ - وماليري، وآينيس - الالتزامات/ بند ٧٧٩ - فافار/ ص٤ - وماليري، وآينيس - البيع/ ص٥٨ بند ٦٧ - مازو، وشابا - الالتزامات/ بند ٣٠٠. جستان وديشي/ ص٦/ بند ٦ وبعده.

المبحث الأول:
تعريف البيع، وخصائصه

١٢ - البيع - على ما ورد بالمادة ٤٥٤ مدني - عقد على تمليك شيء، أو نقل حق مالي لقاء عوض نقدي. فهو عقد ينقل بواسطته أحد الطرفين، وهو البائع ملكية شيء، أو حقاً مالياً إلى الطرف الآخر - «المشتري» مقابل ثمن نقدي[٣٢] والتعريف الوارد بالمادة المذكورة، من شأنه أن يبرز المسألتين التي يتميز بهما عقد البيع عما، قد يختلط به، أو يتشابه معه من عقود، وهما: أن البيع من عقود التمليك، أي تلك العقود التي يقصد بها نقل الملكية من شخص إلى آخر. كما أن البيع يقابله ثمن نقدي[٣٣]. ونفصل ذلك على النحو الآتي:

١ - البيع عقد تمليك Contrat - translatif:

١٣ - فالقصد الرئيسي من عقد البيع - كما قدمنا - هو نقل الملكية، أو أي حق عيني آخر، بمجرد انعقاده. فقد نص المشرع بعد ذلك على أنه يترتب على البيع نقل ملكية المبيع، إذا كان معيناً بالذات، ومملوكاً للبائع، فإن لم يعين إلا بنوعه، فلا تنتقل ملكيته إلا بالإفراز، وكل ذلك ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغيره، ودون إخلال بقواعد التسجيل - م٤٦٣ مدني.

وأخذاً من نص المادة ٤٦٦، مدني، إذا لم يكن من مقتضى البيع أن ينقل الملكية فور إبرامه، وجب على البائع، القيام بكل ما هو ضروري من جانبه لانتقالها وأن يمتنع عن أي عمل من شأنه أن يجعل هذا الانتقال مستحيلاً.

وحملاً لهذين النصين على ما ورد بالمادة ٤٥٤ مدني يبين أن البيع ينقل بذاته ومن تلقاء نفسه الملكية، متى ورد على منقول معين بالذات يملكه البائع. وأن البيع، لا ينقل الملكية بذاته في العقارات، وكذا بالنسبة للمنقولات المعينة بالنوع،

---

(٣٢) والمادة ١٥٨٢ مدني فرنسي - ماليري، وآينيس -/ بند ٦٠ - كولار، وديلبك / بند ٤٠ - جستان وديشي/ بند ٦ - فافار - عقد البيع ١٩٩١ /ص١ - بيل - قانون البيع ١٩٨٦/ ص٦٤ - أوى (ج) / ص٤٥/ بن٦ ١١٠٠٤.

(٣٣) ماليري، وآينيس -/ ص٦٦/ بند ٧٩.

أو غير المملوكة للبائع، وإنما يقتصر أثره على إنشاء التزام بنقل الملكية، بحيث لا يتم انتقال الملكية إلا إذا نفذ البائع هذا الالتزام.

١٤ - ويرى البعض[٣٤] مع ذلك - تفسيراً لهذه النصوص، ومقابله بينها، وبين نص م٤١٨ من القانون المدني المصري[٣٥] بأن المشرع الكويتي لا يضع ضمن التزامات البائع نقل الملكية، فالملكية تنتقل بالعقد، بيد أن المشرع يتطلب لانتقالها، شرائط معينة، كالإفراز في المنقول المعين بالنوع، والتسجيل في العقارات.

ولا نعول على هذا الخلاف كثيراً، فسواء كانت الملكية تنتقل بالعقد أو أن البيع ينشىء التزاماً، يقع على عاتق البائع بنقل الملكية فإن المشرع الكويتي - وهذا مهم - قد أبرز بوضوح، بأن انتقال الملكية من مقومات البيع. أما تنفيذ ذلك فعلاً، فيتوقف على تنفيذ الالتزام فقد يتم فور إبرام العقد في المنقول المعين بالذات المملوك للبائع. وقد يتراخى إلى حين التسجيل في العقارات[٣٦]. أو الإفراز في المنقول المعين بالنوع.

- كما أن التعريف الوارد بالمادة ٤٥٤، سالفة الذكر، وقد أبان مقومات البيع، لم يضع أي ميعاد لتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه. خصوصاً، وأن نقل الملكية - حتى عند القائلين، بانتقالها بالعقد لا يتحقق في جميع الحالات فور العقد[٣٧] وحتى مع التسليم جدلاً بأن نقل الملكية أثر من آثار عقد البيع إلا أنه يقع في جانب البائع، فيعتبر لذلك التزاما عليه. وما التزامات المتعاقدين إلا آثاراً للعقد المبرم بينهما. ويقطع بذلك - بداية - بأن البائع، إذا رفض القيام بإجراءات نقل الملكية - حق للمشتري - فيما انتهى إليه القضاء الكويتي، كالمصري[٣٨] إجباره على تنفيذ

---

(٣٤) في القانون الكويتي - بصفة خاصة - الأهواني - مرجع سابق ص٢١/ بند ٢٢.

(٣٥) وتنص على أن البيع، عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي - وهو ترجمة للتعريف الوارد بالمادة ١٥٨٢ من القانون المدني الفرنسي - فافار/ ص٢.

(٣٦) في هذا المعنى، أيضا الشرقاوي/ ص١٩/ بند ٧ - تناغو/ص١٧، وما بعدها/ بند ٥.

(٣٧) الأهواني/ ص٣٣٥/ بند ٣٩٤.

(٣٨) نقض ١٩٥٣/١١/٢١ - شعله/ ص١٠٩/ رقم (٢) - وتمييز ١٩٨١/٥/٢٠ - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز - القسم الأول - يناير ١٩٩٤ - ص٣٧٣/ رقم (١) - وبطريق غير مباشر - تمييز ١٩٨٢/٦/٢ - المجموعة - يناير ١٩٩٤ - ص٣٧٤/ رقم (٣). وتمييز ١٩٨٩/٤/٣٠ - مجلة القضاء والقانون/ س١٥/ ص٣٦.

التزامه عيناً، بدعوى صحة، ونفاذ عقد البيع. وهي نتيجة لا تستقيم والقول، بأن نقل الملكية ليس التزاماً على البائع(٣٩).

١٥ - ومما يؤكد، بأن البيع يرتب التزاماً على عاتق البائع بنقل الملكية ما ورد بنص المادة ٤٦٦ مدني بأنه إذا لم يكن من مقتضى البيع أن ينقل الملكية فور إبرامه، وجب على البائع أن يقوم بكل ما هو ضروري من جانبه لانتقالها وأن يمتنع عن أي عمل من شأنه أن يجعل هذا الانتقال مستحيلاً أو عسيراً. وهي نتيجة لا تستقيم، كذلك والقول بأن انتقال الملكية، أثر من آثار البيع(٤٠).

١٦ - وعلى أية حال، فقد يتم نقل ملكية المبيع، بإجراء يقوم به المشتري كما هو الشأن بالنسبة للتسجيل في العقارات. وكل ما على البائع في هذه الحالة تمكين المشتري من إجراء التسجيل، كالتصديق على توقيعه مثلاً. وإلا فإن القضاء أجاز للمشتري - على ما سنرى - رفع دعوى صحة، ونفاذ عقد البيع على البائع(٤١) لإجباره على التنفيذ العيني للالتزام بنقل الملكية، إذا كان ممكناً - وفي المنقول المعين بالنوع، يقع على عاتق البائع وحده اتخاذ الإجراء اللازم لانتقال ملكيته إلى المشتري، وهو الإفراز. وإجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية عيناً، لا يتأتى إلا إذا سلمنا - بداية - بوجود التزام على البائع بنقل الملكية.

١٧ - وحتى في القانون المصري، الذي جعل الالتزام بنقل الملكية أثراً من آثار البيع عند البعض(٤٢) فإن البائع في بيوع التقسيط إذا أراد الاحتفاظ بالملكية - فينبغي أن يكون ذلك بشرط واضح لا غموض فيه بما يؤكد أن الأصل العام في البيع، التزام البائع بنقل الملكية.

ولذا، فلا مجال لنقد البعض، تعريف المشرع المصري لعقد البيع، على أنه

---

(٣٩) يظل التزام البائع بتمكين المشتري من نقل الملكية، باقياً في تركته بعد وفاته فيلتزم بها ورثته من بعده. نقض ٢٣/١/١٩٤١/ شعله/ ص١١١/ رقم (٦).

(٤٠) قارن - الأهواني/ ص٢٦٥/ بند ٣٣١، بند ٣٣٢.

(٤١) مثلاً، تمييز ٢/١/١٩٨٣ - المجموعة - يناير ١٩٩٤/ ص٣٧٦/ رقم ٦.

(٤٢) مثلاً - عبدالفتاح عبدالباقي/ بند ١٢.

ألقى على عاتق البائع، التزاماً بنقل ملكية المبيع[٤٣] بينما ينتقل الملك بالعقد في القانون الكويتي طالما أن المشرع قد أبرز بوضوح أن انتقال الملكية من مقومات عقد البيع. كما أن الملكية لا تنتقل بمجرد العقد في جميع الحالات.

١٨ - **ومجمل القول**، إن البيع من العقود الناقلة للملكية، ويترتب على ذلك نتيجة مؤداها، إذا تعهد شخص بتمكين آخر من الانتفاع بشيء لا يملكه لا نكون بصدد عقد بيع، طالما أن المقصود ليس نقل الملكية.

- كما أن البيع، لا يقتصر على نقل ملكية شيء، بل يجاوز ذلك إلى نقل ملكية أي حق عيني آخر. فالبيع قد يقع على حقوق عينية خلاف الملكية، كالانتفاع، والارتفاق. وقد يقع على حقوق شخصية، كما هو الشأن في حوالة الحق، إذا كانت مقابل مبلغ من النقود. أما إذا كانت الحوالة بغير مقابل نقدي، أو بدون مقابل على الإطلاق، فلا ينطبق عليها أحكام البيع. وتفصيل ذلك، أن الحوالة، قد تتم في صورة رهن للحق المحال به وعندها، لا تخرج عن كونها رهناً لدين، وقد تتم على سبيل التبرع، فتدخل في زمرة عقود التبرع. وقد تتم الحوالة وفاء لحق، فتعتبر وفاء بمقابل فإن كانت الحوالة، مقابل مبلغ نقدي، اعتبرت بيعاً[٤٤].

١٩ - أما بالنسبة للحقوق العينية التبعية، فمن غير المتصور بيعها استقلالاً ومع ذلك، إذا باع الدائن حقه الشخصي إلى الغير بطريق الحوالة. فإن البيع يشمل - على ما سنرى - توابع الحق المحال به بما في ذلك التأمينات العينية، التي تضمن حق الدائن.

كما تنطبق أحكام البيع على نقل الحقوق الذهنية في جانبها المالي وكذا، العلامات التجارية، وبراءات الاختراع... الخ.

---

(٤٣) قارن، أستاذنا الدكتور/ الأهواني/ ص١٧/ بند ١٩. وعكس ذلك تناغو/ص١٩/ بند - ٥- ومازو/ ص٦٤٢.

(٤٤) وإن رأى البعض، البدراوي - الوجيز في عقد البيع بدون سنة للنشر، بأن نقل الحقوق الشخصية، على إطلاقه، يخضع لحوالة الحق، التي لم يضعها المشرع في باب البيع، بل ضمن النظرية العامة للالتزام - ص٣٧ - والحوالة - عندنا - إذا تمت مقابل ثمن نقدي لا تخرج عن كونها بيعاً. والشرقاوي/ ص١٨/ هـ/٢.

٢ - البيع مقابل ثمن نقدي Contrepartie-monétaire :

٢٠ - والمسألة الثانية، التي لا يوجد عقد البيع بدونها، أن يكون نقل الملكية مقابل ثمن نقدي. وهذا الثمن النقدي - على ما سنرى - يستحق فور تمام البيع، ما لم يوجد اتفاق، أو عرف يقضي بغير ذلك[٤٥].

وبذا، يدخل البيع في طائفة عقود المعاوضة، بما يترتب عليه من نتائج مؤداها: أن البيع، خلاف الهبة، عقد غير رسمي - ولا يمكن الطعن فيه للغلط في شخص أحد المتبايعين - م١٤٧ مدني، كما ينبغي، إذا أريد الطعن في البيع بدعوى عدم نفاذ التصرفات القانونية، إثبات الغش، والتواطؤ بين المتصرف، والمتصرف إليه - أخذاً من نص م٣١١ مدني - والثمن ذاته، قد يكون محدداً وقت إبرام عقد البيع، وقد يكون احتمالياً كما إذا كان البيع بثمن هو إيراد مرتب مدى الحياة. وفي الحالة الأولى يمكن الطعن في العقد على أساس الغبن، أخذاً من نص م١٦٢ مدني - بافتراض توافر الشرائط الأخرى. أما في الحالة الثانية، فيجوز الطعن على أساس الاستغلال. فالاستغلال، كما قدمنا - يصح أن يرد في العقود الاحتمالية ومنها البيع مقابل إيراد مرتب لمدى الحياة[٤٦].

ومجمل ما تقدم، أن البيع يتميز بأمرين مهمين، أنه عقد تمليك وأن انتقال الملكية، مقابل ثمن نقدي.

٢١ - ومع ذلك، فقد يصعب التمييز أحياناً، بين البيع، وغيره من العقود التي قد تتشابه معه، أو تختلط به. فرغم أن البيع - كما قدمنا - عقد تمليك ويختلف بذلك عن طائفة العقود التي لا تنقل الملكية كالإيجار، والوكالة. إلا أنه يشترك في هذه الخاصية مع بعض العقود الأخرى التي تنقل الملكية، كالمقايضة، والهبة، والوصية، والوفاء بمقابل. وعندئذ يمكن الرجوع إلى الخاصية الأخرى

---

(٤٥) تمييز ١٩٨٧/٤/٦ - مجلة القضاء والقانون س١٥ - ع١ - ص٤٢٤ قاعدة ١٢٠ - وماليري، آينيس - ص٦٠/ بند ٦٨ - أوى (ج)./ ص٦٤/ بن٦ ١١١٢٠.

(٤٦) البدراوي/ ص٢٥/ بند ١٢ - الشرقاوي/ ص٢٩/ بند ١٠ - تناغو/ ص٢١/ بند - ٦ - جستان وديشي/ ص٤٢٨/ بند ٣٨٤ - وص٦/ بند ٦.

في البيع، فهو يختلف عن العقود السابقة، بوجود المقابل النقدي. وبذا، يتميز عن الهبة، والوصية، والمقايضة، والوفاء بمقابل. فإذا قيل بأن عقود المقايضة، والوفاء بمقابل، وتقديم حصة في شركة، تتميز بوجود المقابل أيضاً. فمردود على ذلك، بأن طبيعة المقابل في البيع تختلف عن طبيعة المقابل في العقود المذكورة.

٢٢ - وأخيراً، فعقد البيع، يرد على شيء، أو حق مالي، وبذا يتميز عن المقاولة، حيث يلتزم المقاول، بعكس البائع، بأن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل عوض، دون أن يكون تابعاً له، أو نائباً عنه.

كذا، يتميز البيع وهو يقع على شيء مادي، أو حق مالي عن العقود التي يقع محلها على تقديم الخدمات - على ما سنرى -(٤٧).

(٤٧) جستان، وديشي/ ص٣٦٥/ بند ٣١٩ - والمادة ١١٢٨ من القانون المدني الفرنسي - التي تنص على أنه:

"...il n'y a que les choses qui sont dans le Commerce qui Poussent etre L'objet des Conventions..".

المبحث الثاني
تمييز البيع عن غيره من العقود

٢٢ مكرراً - يبين مما تقدم أن خصائص البيع، على النحو السابق دراسته، هي أساس تمييز العقد عن غيره - على التفصيل الآتي:

أولاً - نقل الملكية كمعيار للتمييز بين البيع، وغيره:

٢٣ - البيع، عقد تمليك، كما ذكرنا وبذا، يتميز عن الإيجار الذي يلتزم فيه المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور، وليس بنقل ملكيته - م٥٦١ مدني. وكذا، يختلف البيع عن الوكالة، التي يقتصر فيها دور الوكيل على إبرام تصرف قانوني باسم، ولمصلحة الموكل، م٦٩٨ مدني. دون انتقال ملكية الأموال محل الوكالة من الموكل إلى الوكيل - وذلك على التفصيل الآتي:

١ - البيع، والإيجار:

٢٤ - بينما يقصد بالبيع، نقل الملكية، أو أي حق عيني من الحقوق المتفرعة عنها فإن الإيجار Le Bail لا يخول المستأجر إلا حقاً شخصياً في الاستعمال والانتفاع بالمأجور، ولا يترتب عليه نقل الملكية. وكذا، فإن البيع بعكس الإيجار عقد فوري بالنسبة للبائع، الذي يلتزم فور العقد، بتسليم المبيع، وكذا بالنسبة للمشتري الذي يعتبر مديناً بالثمن فور إبرام البيع(٤٨). بينما الايجار من عقود المدة أو العقود الزمنية، بحيث لا يتصور وجود العقد بدون تحديد مدة الانتفاع.

٢٥ - ونظراً لاختلاف طبيعة البيع عن الايجار، فقد غاير المشرع بينهما في أحكام عدة، من ذلك مثلاً، التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشترى بالحالة التي كان عليها وقت البيع، وبأن يسلمه الوثائق والمستندات المتعلقة به - م٤٦٧ مدني. كما أن للبائع حق امتياز في استيفاء الثمن من قيمة المبيع سواء كان عقاراً أو منقولاً،

---

(٤٨) والبدراوي/ ص٤٥/ بند ٢١ - الشرقاوي ص٢٣/ بند ٩. ويمكن أن يصبح البيع مع ذلك - عقداً زمنياً - من ذلك مثلاً البيع بالاشتراك Abonemment - وبيوع الأجل، انظر جستان ودبشي/ ص٦/ إلا أن الأصل العام في البيع أنه عقد فوري.

بينما لا يكون للمؤجر حق الامتياز إلا إذا كان المأجور عقاراً، سواء على ما ينتجه العقار، أو على ما يضعه فيه المستأجر من أدوات وأخيراً فالايجار، بعكس البيع يمكن أن يتجدد بطريق التجديد الضمني.

بينما يلتزم المؤجر - أخذاً من نص م٥٦٩ مدني - بتسليم المأجور وملحقاته في حالة تصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة.

- ويلتزم البائع بالضمان، إذا كان بالمبيع، وقت البيع عيب ينقص من قيمته، أو نفعه بحسب الغاية المقصودة «م٤٨٩ مدني» بينما يظل المؤجر ضامناً للعيوب التي تنكشف أثناء سريان عقد الإيجار - م٥٨٢ مدني - فالثاني، أبعد مدى من الأول.

٢٦ - ولما كانت طبيعة البيع، تختلف عن الايجار، والمشرع - بدوره - أورد أحكاماً للأول تختلف عن الثاني. إلا أنه شاع في العمل - في الوقت الحالي - البيع المقترن بالإيجار، أو البيع الإيجاري Location - Vente، وكذا عقود الائتمان التأجيري Credit - Bail أو الليزنج Leasing وهي عقود، تثير التساؤل، عما إذا كانت بيعاً، أم إيجاراً، وهو ما نعرض له بإيجاز على النحو التالي:

أ - البيع الإيجاري Location - Vente(٤٩)

٢٧ - البيع الإيجاري، عقد يتفق بمقتضاه شخصان أو أكثر على إيجار عين أو عقار لمدة محددة، نظير أجرة أو أقساط، بحيث إذا أوفى المستأجر بجميع الأقساط أو الأجرة، أو بآخر الأقساط في نهاية المدة المتفق عليها تنتقل إليه ملكية العين، أو العقار دون أن يلتزم بالوفاء بأي مقابل آخر. فإذا تخلف عن دفع الأقساط أو الأجرة، وجب تطبيق الأحكام العامة في عقد الإيجار بحيث يلتزم المستأجر برد المأجور، مع احتفاظ المؤجر بجميع المبالغ المدفوعة بوصفها أجرة، أو باعتبارها تعويضاً عن فسخ العقد.

وبانتهاء دفع الأقساط، وهي تعادل عادة قيمة العين، تنتقل الملكية فيصبح

(٤٩) جستان، وديشي -/ ص٦٥/ بند ٦٥ وبعده - ماليري، وآينيس/ بند ٨٠٩ وبعده. الشرقاوي/ ص٢٧ - السنهوري/ بند ٩٠.

المستأجر «المشتري» مالكاً بناء على وعد ملزم للجانبين عند البعض[٥٠] بالبيع. يعتبر في الفرض المطروح - ضماناً لكل من المؤجر «البائع» والمستأجر «المشتري» بإبرام البيع مستقبلاً، ولا يمكن لأي منهما، التنصل من إبرام البيع. وبحيث يتم العقد النهائي بمجرد إظهار الموعود له «المشتري» الرغبة في التعاقد.

- وتتحدد مدة الوعد ببيع المستأجر، بمدة الإيجار بحيث تنقضي صفته كمستأجر بانقضائها. ولا يتحقق الوجود القانوني للبيع، قبل إبداء المستأجر «المشتري» الرغبة في التعاقد. وقبل ذلك - لا يتحمل أي من العاقدين بالالتزامات المستمدة من عقد البيع.

٢٨ - ولا يخفى ما في ازدواج البيع الإيجاري من فائدة بالنسبة للمؤجر «البائع» فهو كمؤجر، يحتفظ بالشيء المملوك له حتى الوفاء بآخر الأقساط. فإذا فسخ الإيجار لعدم الوفاء بأي قسط، أو أجرة، استطاع استرداد المأجور من تفليسة المستأجر دون أن يكون ملتزماً برد الأجرة أو الأقساط. كما يكون للبائع «المؤجر» عن طريق العقد، أن يضمن عدم تصرف المشتري «المستأجر» في الشيء. وإلا تعرض لعقوبة خيانة الأمانة، لتبديد ما أؤتمن عليه بمقتضى عقد من عقود الأمانة، هو عقد الإيجار[٥١] وفي كل الحالات، يجوز للبائع الأصلي استرداد المبيع من المتصرف إليه، ما لم يكن منقولاً اكتسبه الأخير، أخذاً من نص م٩٣٧ مدني، بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز حسن النية.

ومقابل ذلك فإن العقد، يتضمن بصفة خاصة، إجحافاً بحق المشتري المستأجر، الذي يتعرض لخسارة كل الأقساط التي دفعها لمجرد عجزه عن الوفاء بباقيها إعمالاً للقواعد العامة في فسخ عقد الإيجار وعلى عكس ذلك إذا اعتبر

---

(٥٠) خصوصاً في الفقه الفرنسي - مثلاً:

Barrangou - Tourys - l.avenir de la location - accession à la Proprieté immobilieres - R.D.i. 1988 - 175.

بينما نص القانون الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٨، بشأن حماية المستهلك، على اعتبار أن البيع الايجاري للمنقولات، يعتبر في حكم القرض الاستهلاكي. أنظر في ذلك ماليري، وآينيس/ بند ٨٠٨، وبعده. وتنطبق بشأنه قواعد خاصة بهدف حماية المقترض «المستهلك» - انظر كاليه أولوى - قانون الاستهلاك - ط٣ - ١٩٩٣ / ص٤١/ بند ٣٩.

(٥١) الشرقاوي/ ص٢٨/ بند ٩.

العقد بيعاً، فلن تترتب النتائج السابقة، وعلى الأخص، فإن فسخ العقد، يرتب التزاماً على عاتق البائع برد الأقساط التي تسلمها مقابل التزام المشتري برد المبيع إعمالاً للأثر الرجعي للفسخ.

٢٩ - وإذا كان تكييف البيع الإيجاري قد أثار خلافاً في الفقه الفرنسي[٥٢] أو المصري[٥٣] قبل صدور المجموعة المدينة الجديدة. فإن المشرع الكويتي، كنظيره المصري[٥٤] قد حسم هذا الخلاف، بالنص - خصوصاً - على تطبيق حكم البيع فقط على البيع الإيجاري، أي حتى في الحالات التي يثبت فيها اتجاه المتعاقدين بالفعل إلى الإيجار والبيع معاً. وبذا، لا يصح القول بوجود إيجار ابتداء وبيع انتهاء. أو بوجود إيجار معلق على شرط فاسخ، وبيع معلق على شرط واقف. وإنما يجب وصف البيع الإيجاري بأنه بيع ابتداء، وانتهاء[٥٥] وإن علق فيه انتقال الملكية على الوفاء بجميع الأقساط[٥٦]. فالبيع الايجاري، بيع بالتقسيط مع شرط الاحتفاظ بالملكية إلى حين الوفاء بكامل الثمن.

ولذا، ورد نص م١٤٠ من قانون التجارة الكويتي، كنص م٤٣٠/ ٤ من القانون المدني المصري، صريحاً بأن أحكام البيع بالتقسيط تسري على البيع الذي يسميه المتعاقدان إيجارا. ومعنى ذلك أن انتقال الملكية معلق على الوفاء بجميع

---

(٥٢) مثلاً: أوي (ج) /ص٩٢٣/ بند ٢٣٠٠٠ - وفي هذا الاختلاف:

H.Thuillier, Rep. civ. Dalloz - V° Location - Vente - 1973 - n° 3.

(٥٣) البدراوي/ ص٤٩/ بند ٢٣ - وفي أهمية التكيف عملاً - الشرقاوي/ ص٢٨/ بند٩.

(٥٤) بالمادة ٤٣٠ التي تنص على أنه إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن تكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله، ولو تم تسليم المبيع - فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع، إذا لم توف جميع الأقساط. ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ - وإذا وفيت الأقساط جميعاً فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع.

وتسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة، ولو سمى المتعاقدان البيع، إيجاراً.

البدراوي/ ص٥٥/ بند٢٥. الأهواني/ ص٣٧/ بند ٥٠.

(٥٥) البدراوي/ ص٥٥/ بند ٢٥. الأهواني/ ص٣٧/ بند ٥٠.

(٥٦) والشرقاوي/ ص ٢٩/ بند ٩.

الأقساط. أي أن البائع بالتقسيط، يمكنه تأمين نفسه عن طريق الاحتفاظ بملكية المبيع لحين الوفاء بالثمن كاملاً.

- ومع ذلك فشرط الاحتفاظ بالملكية Pactum Reservati dominu - غير كاف لحماية البائع فإعمالاً للقواعد العامة، فإن هذا الشرط لا يحتج به على دائني تفليسة المشتري. وإذا تصرف الأخير في المبيع، لا يعاقب بعقوبة خيانة الأمانة، لأنه لم يتلق المبيع المنقول بعقد من عقود الأمانة الواردة بقانون الجزاء على سبيل الحصر[٥٧] ولأنه - وهذا مهم - لم يتلق الشيء على سبيل الحيازة المؤقتة. كما أن شرط الاحتفاظ بالملكية لا يحتج به على مشتري المنقول، أو من يكتسب عليه حقاً بحسن نية، إعمالاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز - بالمادة ٩٣٧ مدني[٥٨] وأخيراً، فإذا حجز دائنو المشتري على المبيع، فلا يجوز للبائع رفع دعوى الاسترداد لأن الملكية قد انتقلت إلى المدين، المحجوز عليه.

٣٠ - ونظراً لأن إعمال القواعد العامة للبيع على البيع بالتقسيط، لا تضمن للبائع بصفة خاصة حماية كافية ورغبة في تحقيق نوع من التوازن العادل، أو المعقول بين مصلحة البائع، والمشتري، والغير. فقد تدخل المشرع الكويتي، كنظيره المصري - لتحقيق هذه الحماية وإن اختلفت طبيعة، ونوع الحماية في الأول عن الثاني.

٣١ - ففي القانون الكويتي، نصت المادة ١٣٦ من قانون التجارة على حماية المشتري في البيع بالتقسيط، بقولها، إنه إذا لم يدفع أحد الأقساط المتفق عليها فلا يجوز الحكم بفسخ البيع، إذا تبين أنه قام بالوفاء بالجزء الأكبر من الأقساط.

وقد يرد على ذلك، بأن النص مجرد ترديد للقواعد العامة في الفسخ التي تمنح المحكمة سلطة تقديرية في الحكم بفسخ البيع أو عدم الفسخ، إذا تبين أن المشتري، قد أوفى بالجزء الأكبر من التزاماته[٥٩]. فهو، فضله، وزائدة، لا فائدة منها.

---

(٥٧) وليس من بينها البيع.

(٥٨) وتفصيلاً شكري سرور/ الملكية/ ص ١٩٠ / بند ٢٨٧ - والمادة ٩٧٦ مدني مصري - ومع ذلك تقع تبعة هلاك المبيع منذ تسليمه على المشتري - في هذا المعنى م٣٩٦ تجاري كويتي قديم وتمييز ١٩٧٠/١١/٧ - غير منشور - الذي طبق الأحكام الواردة بالنص السابق على بيع سيارة، مع شرط الاحتفاظ بالملكية.

(٥٩) بالمادة ٢٠٩ من القانون المدني الكويتي.

ولذا، فقد رأى البعض - بحق -(٦٠) بأن النص الوارد بالمادة ١٣٦ المذكورة، **يشتمل على قاعدة آمرة**، لا تخول المحكمة سلطة تقديرية، بحيث لا تملك فسخ البيع، إذا تبين أن المشتري بالتقسيط، نفذ الجانب الأكبر من التزاماته. وهذا التفسير وحده، يكفل الحماية التي يتغياها المشرع للمشتري في البيع بالتقسيط. وبه يتميز نص المادة ١٣٦ من قانون التجارة عن القواعد العامة للفسخ.

- أما بالنسبة للبائع، فحماية له من خطر تصرف المشتري بالتقسيط في المبيع من دون الوفاء بجميع الأقساط، أو بجانب كبير منها نص المشرع - بداية - على حظر تصرف المشتري في المبيع قبل سداد جميع الأقساط المتفق عليها دون موافقة البائع، كتابة.

وإذا تصرف المشتري على خلاف الحظر الوارد كان تصرفه غير نافذ في مواجهة البائع، إذا ثبت علم الغير «المتصرف إليه» وقت البيع بعدم سداد كامل الثمن - أخذاً من نص م١٣٨ من قانون التجارة التي رددت في ذلك الأحكام العامة لدعوى عدم نفاذ التصرف. والتي تشترط، لعدم نفاذه في المعاوضات ومنها، البيع الغش، والتواطؤ بين المتصرف، والمتصرف إليه(٦١) وأخذا من نص م١٣٩ من قانون التجارة، يجوز للبائع في حالة التصرف في المبيع قبل أداء جميع الأقساط مطالبة المشتري بأداء الأقساط الباقية فوراً، أي حتى ولو لم يستحق أجل سدادها - وتبدو أهمية هذا الحكم بصفة خاصة إذا تصرف المشتري من دون سداد جميع الأقساط - في المبيع، وتبين أن المتصرف إليه حسن النية، لا يعلم بأن، بائعه «المشتري الأول» لم يسدد بقية الثمن. وبذا، يكون التصرف نافذاً قبل البائع الأصلي. فلا يملك، والحال هذه، سوى مطالبة المشتري منه بسداد بقية الأقساط فوراً. خصوصاً، وأن المتصرف إليه، يجوز أن يتمسك، قبل البائع، بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، إذا كان المبيع منقولاً بطبيعة الحال.

---

(٦٠) الأهواني/ ص٣٧/ بند ٥٠.

(٦١) المادة ٣١١ من القانون المدني - والمذكرة الإيضاحية، تعليقاً على النص ص٢٨٣ - وثبوت علم المتصرف إليه، بأن بائعه - يتصرف في المبيع، بدون الوفاء بكامل ثمنه، يعني أنه سيىء النية.

- وحماية للغير «المتصرف إليه» من إبرام تصرفات، يطعن عليها بعدم النفاذ، من قبل البائع بالتقسيط - نصت الفقرة الثانية للمادة ١٣٧ من قانون التجارة على أن شرط الاحتفاظ بالملكية، لا يكون نافذاً في مواجهة الغير إلا إذا كان مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت، وأن يكون سابقاً على حق الغير، أو على إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون على المبيع[٦٢].

- وبذا، فقد أقام المشرع الكويتي - بهذه النصوص - نوعاً من التوازن العادل، أو المعقول بين مصلحة البائع، والمشتري، والغير في بيوع التقسيط. وتلافي قصور القواعد العامة في تطبيق أحكام البيع على البيوع التي يسميها المتعاقدان إيجاراً. ولا يقدح في ذلك، أن تكون الأحكام السابقة، واردة بقانون التجارة. ولا تنطبق - بالتالي - إلا على البيوع التجارية. فقد رأينا أن أحكام قانون التجارة لا تنطبق فقط على البيوع التجارية وإنما كذلك على الأعمال المختلطة فلا يبقى للقانون المدني سوى بيع المنقول بين الأفراد العاديين، وبيوع العقارات إذا لم يكن القصد منها هو المضاربة. وعلى ذلك تمتد الحماية الواردة بالقانون التجاري لبيوع التقسيط إلى أغلب المعاملات المالية.

٣٢ - أما المشرع المصري، فهو، وإن طبق على البيع الإيجاري حكم البيع فقط مع شرط الاحتفاظ بالملكية بالفقرة الرابعة من م٤٣٠ مدني[٦٣] فقد عالج قصور القواعد العامة في البيع عن حماية البائع بالتقسيط بصفة خاصة - بقانون رقم ١٩٥٧/١٠٠، ونصت المادة ٤٢ منه على أنه يحظر على المشتري - بدون إذن سابق من البائع أن يتصرف بأي نوع من أنواع التصرف في السلعة موضوع التقسيط، قبل الوفاء بثمنها[٦٤].

---

(٦٢) الأهواني/ ص٣٧/ بند ٥٠.

(٦٣) وبذا، يتميز العقد عن عقد الإيجار المقترن بوعد انفرادي «من جانب المؤجر» بالبيع المأجور إلى المستأجر خلال مدة معينة إذا أظهر الأخير رغبته في الشراء. وبحيث إذا انتهى الإيجار، ورغب المستأجر في الشراء انعقد عقد مستقل هو البيع. أما البيع الإيجاري، فتسري عليه أحكام البيع، فقط، حتى في الحالات التي يثبت فيها اتجاه المتعاقدين، فعلاً إلى الإيجار والبيع معاً.

(٦٤) وقد صدر القانون المذكور لقصور شرط الاحتفاظ بالملكية ذاته عن توفير حماية كافية للبائع، كما أشرنا.

فإذا تصرف المشتري بالتقسيط - على خلاف الحظر الوارد - فليس الجزاء، عدم نفاذ التصرف في مواجهة البائع ولا انتهاء أجل السداد، كما هو الشأن بالقانون الكويتي، وإنما يكون تصرفه صحيحاً، ونافذاً قبل البائع.. وبذا يكون للمشتري منه متى كان حسن النية التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، ليعطل حق البائع بالتقسيط في الامتياز، وكذا في استرداد المبيع بعد فسخ البيع. وهي نتائج غير مقبولة، ولا تحقق مصلحة البائع، وتدفعه إلى الإحجام عن البيع بالتقسيط، بما ينعكس سلباً على ازدهار التجارة.

- وقد نص المشرع - مع ذلك - على أن مخالفة حكم المادة السابقة، يعرض المشتري بالتقسيط للحبس الذي لا تزيد مدته على ثلاثة أشهر، والغرامة التي لا يجاوز مقدارها مائة جنيها، أو بإحدى هاتين العقوبتين[٦٥].

أي أن تصرف المشتري بالتقسيط في المبيع من دون سددا جميع الأقساط، صحيح ونافذ، وإن تعرض مع ذلك للجزاء المنصوص عليه بالمادة ٤٥ من القانون المذكور «أي الحبس أو الغرامة» وهو جزاء - غير مرغوب فيه، لأنه يتجاوز الهدف من البيع بالتقسيط نفسه. فضلاً عن أن خشية المشتري - من الحكم عليه بالحبس تجعله يحجم عن بيوع التقسيط.

- أما في القانون الكويتي، فإن تصرف المشتري، قبل سداد جميع الأقساط - غير نافذ - كما رأينا - قبل البائع، إذا ثبت علم الغير «المتصرف إليه»، وقت التصرف، بعدم سداد كامل الثمن.

فإن لم يكن يعلم أصبح التصرف نافذاً في مواجهته، وعندئذ لا يملك البائع سوى مطالبة المشتري بسداد بقية الأقساط، حتى ولو لم يحل أجل سدادها.

وبناء على ما تقدم، فإن التقنين الكويتي بعكس نظيره المصري، يوفر فيما نرى حماية أبعد للبائع. كما يحقق ضمانات عدة للمشتري، والغير، ويشجع في مجمله على بيوع التقسيط.

---

(٦٥) ونصت المادة ٣٩ من القانون المذكور على ضرورة كتابة عقد البيع بالتقسيط من نسختين وبشرط تحديد بياناته.

ب - الائتمان التأجيري Credit - Bail :

٣٣ - ظهر الائتمان التأجيري أو عقد الليزنج Leasing - بداية - بالولايات المتحدة الأمريكية ثم انتقل إلى فرنسا، ونظمه المشرع بقانون ٢ يونيه ١٩٦٦، وكان مقصوراً في البداية على المنقولات المادية، والعقارات المخصصة لأغراض مهنية. تم توسع المشرع في نطاق الائتمان التأجيري بقانون ٦ يناير ١٩٦٩، ثم بقانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٦، ليشمل عناصر المحل التجارية[٦٦] ثم انتقل إلى مصر، فنظمه المشرع بقانون خاص عام ١٩٩٥.

- وقد ظهر الائتمان التأجيري كسبيل لتمويل المشروعات المتعثرة، وكبديل في ذات الوقت عن الائتمان المصرفي، حيث يتيح للمشروع الاقتصادي التمويل اللازم، عن طريق تأجير الآلات، والمعدات، وغيرها. ودون أن يضطر إلى دفع أية مبالغ نقدية حيث أن الائتمان الممنوح من شركة التمويل التأجيري، يغطي كافة الاستثمارات دون أن يضطر المشروع إلى تملكها مع تخويل المستأجر ضمن خيارات أخرى إمكانية تملك جميع الأموال، مقابل الثمن منقوصاً منه ما سبق الوفاء به، إذا رغب المستأجر[٦٧].

٣٤ - وعلى ذلك، يمكن تعريف الائتمان التأجيري بأنه اتفاق تتعهد بمقتضاه مؤسسة تمويلية على تأجير العميل، أو العملاء لفترة محددة الأصول الرأسمالية «آلات - معدات - أجهزة الحاسوب... عقارات[٦٨].. الخ» التي

---

(٦٦) انظر: Cabrillac Credit - Bail - Rep. Com. أما المنقولات المخصصة لأغراض الاستهلاك فتخضع لأحكام قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ - الخاص بالائتمان الاستهلاكي:

Calais - Auloy - Credit - Bail - Ency - Dall. Com - 1981 -

(٦٧) ولا يجوز احتراف عمليات الائتمان التأجيري، في القانون الفرنسي أو المصري إلا للأشخاص الاعتبارية - وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً

Com. 19 nobembre 1991 - D. 1991 - I.R - 33

- ماليري، واينيس - ص٤٤٤/ بند ٨١١.

(٦٨) ويفرق المشرع الفرنسي، بين الائتمان التأجيري للأموال لأغراض مهنية ويخضع لأحكام القانون ٢ يوليه ١٩٦٦ وتعديلاته فإذا تعلق بآلات، أو أجهزة منزلية، أو أسرية، فإنه يدخل في نطاق قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ - الخاص بالائتمان الاستهلاكي، أو قانون ١٣ يوليه ١٩٧٩ - المتعلق بالائتمان العقاري إنما لأغراض غير مهنية. وانظر ماليري، وآينيس/ ص٤٤٤/ بند ٨١١ - وبند ٨١٧.

يتم شراؤها بناء على طلبه. وعند انتهاء فترة الإيجار، يمكن للاتفاق أن يتمثل إما في **رد الأصول** الرأسمالية إلى المؤسسة التمويلية، أو **تجديد الإيجار** لمدة أخرى يتفق عليها[٦٩] وإما **تملك الأصول** الرأسمالية على أساس سعر التكلفة مخصوماً منه ما بقي من **قيمتها**، أي الجزء الذي لم تغطه **الأجرة أو الأقساط فيما يسمى Valeur Residuelle**[٧٠].

ويتضح من التعريف السابق أن الائتمان التأجيري، يفترض بداية وجود ثلاثة أطراف: المستفيد، وشركة التمويل التأجيري، وبائع الأصول الرأسمالية. وأن المستفيد يختار الأصول الرأسمالية، والبائع ويتسلم هذه الأصول مباشرة من **البائع**، إذا وافقت شركة التمويل التأجيري على تمويل الصفقة. وأن الأصول الرأسمالية، تظل مملوكة **لشركة التمويل** التأجيري وهي التي تقرر للمستفيد استعمالها مقابل الأجرة، أو «**الأقساط**».

- **وأن المستفيد بالخيار** - كما قدمنا - بين إنهاء العلاقة التعاقدية، برد الأصول الرأسمالية إلى شركة الائتمان التأجيري، أو **تجديد الإيجار** لمدة، يتفق عليها مع مراعاة انخفاض **قيمة الأجرة** - خلال المدة الجديدة - **لانخفاض** قيمة **الآلات والمعدات**. وإما تملك **الأصول الرأسمالية** مقابل **أداء المبالغ المتبقية**، إذا أعلن رغبته في ذلك.

- وبذا، يستبعد من نطاق الائتمان التأجيري قيام المشروع بالتأجير المباشر للآلات أو الأجهزة، حتى وإن اقترن بوعد ببيع المأجور.

- ويبدو عقد الائتمان التأجيري - لأول وهلة - معقداً، وغامضاً. كما أن العقد بطبيعته، يثير مشكلات قانونية، تتشابك، بتشابك المصالح المتعارضة لأطرافه: المستفيد Le Credit Preneur ، ومؤسسة الائتمان التأجيري Le Credit - bailleur، وبائع الأصول الرأسمالية Le Fournisseur. هذا،

(٦٩) مع مراعاة انخفاض قيمة الأجرة، خلال مدة الإيجار الجديد.

(٧٠) وانظر نص م١ من قانون ٢ يونيه ١٩٦٦. المنشور في الجريدة الرسمية ٣ يونيه ١٩٦٦.

من ناحية، ومن ناحية أخرى فنظراً لانتشار الائتمان التأجيري - وإزاء صمت المشرع الكويتي عن تنظيمه بنصوص خاصة[71] فإن تكييف العقد تصبح مسألة مهمة.

٣٥ - والواقع أن الائتمان التأجيري، مركب، أو مزيج من عقود عدة إذ يشتمل على إيجار، وبيع بالتقسيط، أو بيع إيجاري، وتأمين، ووكالة.. ويقترب العقد لأول وهلة من البيع بالتقسيط، ولكنه ليس بيعاً. بل أقرب إلى الايجار خصوصاً، وأن المشرع الكويتي كنظيره المصري، كما انتهينا - قد أدخل بيوع التقسيط في زمرة عقود البيع. ولا يجوز للبائع كقاعدة عامة الاحتفاظ بالملكية إلا إذا وجد اتفاق يقضي بذلك. أما في الائتمان التأجيري. فالأصل أن تظل ملكية الأصول الرأسمالية، لمؤسسة التمويل، فلا تنتقل إلى المشروع المستفيد، إلا عند انتهاء مدة التأجير. ويترتب على ذلك نتائج مؤداها: أنه لما كان الأصل في البيع بالتقسيط انتقال الملكية إلى المشتري بمجرد العقد. فإن دائني المشتري، يكون لهم الحجز على المبيع، بوصفه داخلا في الضمان العام للدائنين ولا يكون للبائع استرداده، ولو قبل دفع الأقساط. أما في الائتمان التأجيري فالأصل - كما قلنا - أن تظل ملكية الأصول الرأسمالية لمؤسسة التمويل، فلا تنتقل إلى المستفيد من الائتمان[72] وبذا يكون لمؤسسة التمويل استرداد الأصول الرأسمالية، من تفليسة المستفيد من الائتمان. كذا يترتب على الائتمان التأجيري، أن المستفيد، إذا اكتشف عيباً خفياً في الأصول الرأسمالية يكون له رفع دعوى العيوب الخفية على مالك الأصول الرأسمالية، وهو مؤسسة التمويل التأجيري. إعمالاً لأحكام العيوب الخفية في عقد الإيجار وليس في عقد البيع[73] وهي في الأول أوسع نطاقاً من الثاني

---

(٧١) فضلاً عن غياب أية دراسات خاصة في فقه القانون المدني عن الائتمان التأجيري وأن عرض له البعض، في ثنايا المؤلفات العامة - مثلاً الاهواني/ عقد البيع/ ص ٣٧/ بند ٥١ - وإبراهيم أبو الليل «البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى - مطبوعات جامعة الكويت - ١٩٨٤ - ص ٣١/ بند ١٦ - وماليري، وآينيس ص ٤٤٤/ بند ٨١١ -

(٧٢) الأهواني / ص ٣٨/ بند ٥٣.

(٧٣) أي طبقاً للمادة ٥٨٢، و٥٨٣ من القانون المدني الكويتي المقابلة للمادة ١٧٢١ من القانون المدني الفرنسي.

ومقابل ذلك، يكون لمؤسسة التمويل التأجيري رفع دعوى العيوب الخفية على البائع الأصلي، إعمالاً لنص المادة ٤٨٩ مدني الخاصة بالعيوب الخفية في عقد البيع[٧٤].

– ويمكن مع ذلك الاتفاق، على إعفاء الممول التأجيري من أي ضمان في مواجهة المستفيد[٧٥] كذا يمكن الاتفاق على أن ينقل الممول التأجيري للمستفيد كافة حقوقه قبل البائع الأصلي، إما بطريق الوكالة، أو بحوالة الحق، أو بمجرد التفويض délegation، أو بالحلول Subrogation محله في المطالبة بحقوقه، أو بالاشتراط لمصلحة الغير[٧٦]. وفي هذا الفرض، لا يكون للمستفيد أن يتمسك بدعوى العيوب الخفية في مواجهة الممول التأجيري وإنما قبل البائع الأصلي مباشرة بعد أن يصبح مالكاً للأصول الرأسمالية، بطبيعة الحال[٧٧]. باعتبار أن الائتمان التأجيري، وعد ملزم لجانب واحد بالبيع بحيث يتوقف نقل الملكية على إعلان رغبة المستفيد تملك الأصول الرأسمالية.

ولا يمكن القول بأن الائتمان التأجيري، يقترب من البيع الإيجاري لأسباب أهمها: أن المشرع الكويتي اعتبر البيع الإيجاري، مجرد بيع بالتقسيط مع شرط الاحتفاظ بالملكية وإن تدخل بنصوص لضمان حق البائع، والمشتري، والغير[٧٨] وقد رأينا أن الإئتمان التأجيري يختلف بدوره عن البيع بالتقسيط.

ثم إن البيع الإيجاري يفترض وجود علاقة بين طرفين: المؤجر «البائع» والمستأجر «المشتري»، بينما لا يقوم الائتمان التأجيري إلا بوجود أطراف ثلاثة: المستفيد (المستأجر) ومؤسسة التمويل التأجيري (المؤجر) وبائع الأصول الرأسمالية.

– وأخيراً فالبيع الإيجاري يشتمل على وعد ملزم للجانبين؛ بينما يتضمن الائتمان التأجيري وعداً ملزماً لجانب واحد.

---

(٧٤) المقابلة للمادة ١٦٤١ مدني فرنسي.

(٧٥) مثلا نقض فرنسي «الدائرة التجارية» ١٣٠ اكتوبر ١٩٧٠ – بلتان مدني – ٤ – رقم ٣٠٣ مشار إليه في ماليري، وآينس / ص ٢٤٩/ هـ ٣١.

(٧٦) مثلاً بنص تجاري ٩ يناير ١٩٩٠ – دالوز ١٩٩٠ – مختصرات – ص ٤٦ –

(٧٧) وطبقاً لقانون ١٠ يناير ١٩٧٨ – الخاص بالائتمان الاستهلاكي يكون للمستفيد رفع الدعوى مباشرة قبل البائع الأصلي ولو لم يوجد شرط في العقد.

(٧٨) فهذه النصوص لا تسلبه صفته، كبيع بالتقسيط. وانظر كابرياك – رقم ٩.

٢ - البيع، والوكالة:

٣٦ - الوكالة Le mandat - على ما ورد بنص المادة ٦٩٨ مدني - عقد يقيم به الموكل شخصاً آخر مقام نفسه، في مباشرة تصرف قانوني.

وبذا، تختلف الوكالة تماما عن البيع، ففي الأولى لا تنتقل ملكية شيء من الموكل إلى الوكيل بينما البيع - كما قدمنا - عقد تمليك مقابل ثمن نقدي(٧٩).

ويترتب على ذلك نتائج مؤداها، أن البيع، وهو عقد تمليك، ينتقل فيه تبعة الهلاك بالتسليم، ولا شيء من ذلك في الوكالة، فيبقى الموكل «المالك» متحملا تبعه الملك.

- ويد الوكيل على الشيء الموكل، التصرف فيه، يد أمانة، وبذا يمكن أن ينطبق عليه أحكام خيانة الأمانة في القانون الجزائي. بينما البيع، عقد تمليك - فلا ينطبق عليه الأحكام المذكورة، وفي كل الحالات لا يكون للوكيل، أن يشتري الشيء محل الوكالة لنفسه إلا بإذن خاص(٨٠).

ويلتزم الوكيل بتقديم حساب لموكله، في فترات دورية، يتفق عليها ويلتزم كذلك باطلاع موكله عن الحالة التي وصل إليها في تنفيذ الوكالة أثناء سريانها ويلتزم أخيرا، إذا وقع في يده مال للموكل، ألا يستعمل هذا المال لمصلحة نفسه بدون إذن، وإلا كان ملزما بتعويض الموكل تعويضا عادلا، م ٧٠٧ مدني. ولا يلزم المشتري - بأي من الالتزامات السابقة في عقد البيع.

٣٧ - على أن التفرقة، بين البيع، والوكالة، تصبح دقيقة، إذا لم يبين من نصوص العقد المبرم بين مالك الشيء، والطرف الآخر ما إذا كان المقصود نقل ملكية هذا الشيء إلى الغير، على سبيل البيع، أم أن الطرف الآخر مجرد وكيل عن المالك في بيع هذا الشيء إلى الغير. وفي مثل هذا الفرض. يرجع إلى الخصائص المميزة للبيع عن الوكالة، فإذا تحدد الثمن مثلا بشكل قاطع، اعتبر العقد بيعا، ولا

(٧٩) ماليري، وآينس - ص ٧٠/ ٨٧ -
(٨٠) المادة ٦٢ مدني المقابلة للمادة ١٠٨ مدني مصري.

يغير من ذلك، أن يكون من حق الطرف الآخر، رد الشيء إلى المالك، إذا لم يستطع بيعه إلى الغير، فالبيع في هذا الفرض، ينعقد معلقاً على شرط فاسخ، هو عدم امكان البيع للغير[٨١] وبعكس ذلك إذا لم يتحدد الثمن بصورة قاطعة، «بل بحسب ما يسفر عنه بيع الشيء للغير مثلاً»[٨٢] فالعقد، في هذه الحالة، لا يعدو كونه وكالة بالبيع، وليس بيعاً.

الوكالات المتتالية في البيوع العقارية

٣٨ - جرت العادة في المجتمع الكويتي في البيوع العقارية، على توالي التوكيلات، المأذون للوكيل في كل منها أن يوكل غيره فيما كان هو وكيل فيه. فبدل أن يتم انتقال الملكية، العقارية ببيع بين بائع، ومشتري، يوكل الأخير، بوكالة مصدق على توقيع الأول «البائع» فيها. وينتقل إليه ملكية العقار مقابل الثمن المتفق عليه. ويكون للوكيل أن يوكل غيره فيما وكل هو فيه - فينقلب إلى موكل في علاقته بالطرف الآخر وهكذا.

وهذه الصورة من الوكالة، مقررة على خلاف الأصل العام لمصلحة الوكيل، لا لمصلحة الموكل ولذا، لا يكون للأخير - أخذاً من نص المادة ٧١٧ مدني - أن ينهيها، أو يقيدها بدون موافقة الوكيل، كذا استقرت أحكام التمييز الكويتية[٨٣] على اعتبار الوكيل الأخير في حالة توالي التوكيلات، وكيلاً للموكل الأول، كذا انتهى قضاء محكمة التمييز، على أن الوكالة غير القابلة للعزل، والتي تتمخض عن مصلحة الوكيل بحيث لا يجوز للموكل إنهاءها، أو حتى تقييدها بغير موافقة الوكيل، لا تخرج عن كونها بيعا، أفرغ في صيغة وكالة. خصوصاً، وقد جرى العرف على ذلك - ولا يوجد نص بالتقنين المدني، ينظم أمر الوكالة المعبرة عن

---

(٨١) تناغو/ ص ٢٦.

(٨٢) تناغو / نفس الموضع.

(٨٣) فيما اشار إليه الأهواني / ص ٤٢/ هـ ٦٨ - يمتد ١٩٨٣/١٢/٧ - تميز ١٩٨٤/١/٤ - طعن ٤٣ -

التبايع. فوجب الأخذ بما اعتاد الأفراد عليه، وارتقى إلى مرتبة العرف، بوصفه مصدراً من مصادر القاعدة القانونية[٨٤].

٣٩ - ولا يمكن القول بأن العقد في مثل هذا الفرض وكالة استنادا إلى التعبير الوارد في سند التعاقد عن البائع بأنه موكل، وعن المشتري، بأنه وكيل، فالوكالة، كما قدمنا، حلول الوكيل، محل الموكل في إبرام تصرف قانوني، تنصرف آثاره إلى ذمة الموكل. كما أن الوكيل يتصرف باسم، ولحساب، أو لمصلحة الموكل ولا شيء من ذلك في الوكالة المتتالية المعبرة عن التبايع. خصوصاً، وأن الوكيل يدفع مقابلا للموكل، مقدما. هو في واقع الأمر - ثمن للمبيع - كما أن الوكالة، تتم خلافاً للأصل لحساب الوكيل وليس الموكل.

ويترتب على اعتبار الوكالة، أو الوكالات المتتالية، بيعاً، التزام المتبايعين، بآثار البيع، لا الوكالة، فيلتزم البائع «وإن أطلق عليه الموكل» بتسليم المبيع «محل الوكالة» وضمان التعرض والاستحقاق، وكذا بضمان العيوب الخفية، ويلتزم المشتري «وإن سمي بالوكيل» بدفع الثمن، والمصروفات، وتسلم المبيع «الشيء موضوع الوكالة».

ثانياً - المقابل النقدي كمعيار للتميز بين البيع، وغيره:

٤٠ - قدمنا أن البيع عقد معاوضة، بحيث تنتقل فيه ملكية المبيع إلى المشتري مقابل ثمن نقدي، وبذا يتميز عن الهبة، والوصية وهما من عقود التبرع على التفصيل الآتي:

١ - البيع، والهبة:

٤١ - الهبة La Donation، عقد على تمليك مال في الحال، بغير عوض -

---

(٨٤) تمييز ٢٠/٢/١٩٨٤ - المجموعة / يناير ١٩٩٤/ ص ٦٠٦ ولمّا كانت المحكمة العليا، تعتبر الوكالات المتتالية، بيوعاً عرفية، فإننا نتساءل، الا يمكن أن تعتبر بيعاً في صورة وكالة تنطبق عليها قواعد الصورية، سواء فيما بين المتعاقدين، أو الغير - م ٢٠٠ مدني وما بعدها. خصوصاً وأن الهدف منها التهرب من رسوم التسجيل إذا كان التصرف وارداً على عقار.

م ٥٢٤ مدني - والبيع - على ما قدمنا - عقد على تمليك شيء، أو نقل حق مالي آخر لقاء عوض نقدي - م ٤٥٤ مدني[٨٥].

وبذا، فإن البيع كالهبة، ناقل للملكية. لكن الهبة تختلف عنه - بعد ذلك - في أن نقل الملكية في الهبة يتم دون عوض، وكذا، في وجود قصد، أو نية التبرع لدى الواهب[٨٦].

وتدق التفرقة بين البيع، والهبة - مع ذلك - إذا التزم الموهوب له بتقديم عوض، وهذه هي الهبة بعوض، فهل تظل مع ذلك، أي مع فكرة المعاوضة هبة، أم بيعاً؟ والواقع أن الهبة يمكن أن تقترن بتكليف سواء لمصلحة الواهب أو لمصلحة الغير دون أن يخل ذلك بنية التبرع، ويظل العقد هبة. فالعبرة في التفرقة بين العقدين إذن هي نية التبرع لدى الواهب. والكشف عن هذه النية، مسألة واقع، يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون رقابة محكمة التمييز.

٤٢ - على أن الأمر لا يخرج - في اعتقادنا - عن فرضين: **الأول**: أن تكون نية التبرع غير معلنة في العقد. وبذا، يعتبر العقد، بيعاً صورياً، يخفي هبة مستترة، وتنطبق عليه أحكام الصورية. أي من حيث اعتبار العقد النافذ بين المتعاقدين هو العقد الحقيقي، أي الهبة أخذاً من نص م ٢٠٠ مدني. وفي هذا الفرض، لا يشترط الشكلية لانعقاد الهبة، حيث أنها هبة غير معلنة، أو مستترة.

- **والفرض الثاني**: أن تكون نية التبرع معلنة، وبذا، نكون بصدد هبة صريحة ولا تنعقد صحيحة إلا بمراعاة الشروط الشكلية اللازمة لانعقادها م٥٢٥/ ١ مدني.

- وتدق التفرقة كذلك بين البيع، والهبة، في الحالات التي يبدو فيها الثمن

(٨٥) انظر المادة ٥٣٤ مدني - الشرقاوي/ ص ٣٠/ بند ١٠. وماليري وآينس/ ص٦٠/ بند ٦٨.

(٨٦) ويترتب على ذلك، فضلا عما قدمناه من نتائج التفرقة بين الهبة، كعقد تبرع، والبيع كعقد معاوضه نتيجة مهمة فقد نصت م ٨٩١ مدني على أنه، لا شفعة الا في البيع فالشفيع بجل محل المشتري في مقابل الثمن الذي اشترى به، ولا ثمن الا في البيع وبذا فلا شفعة في الهبة، ولو كانت بعوض، ولا شفعة في هبة اختلطت ببيع كبيع يحصل بنصف القيمة لاعتبارات شخصية راعاها البائع في المشتري - محمد شكري سرور/ موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي - جامعة الكويت - ١٩٩٤ / ص ٩٨ / بند ١٤٥.

غير متناسب مع قيمة المبيع. وبذا يثور التساؤل؟ هل نحن بصدد عقد بيع، أم هبة؟ أو أمام عقد يعتبر في جزء منه بيعاً، وفي جزء منه هبة؟

وينبغي في مثل هذا الفرض، التفرقة بين ما إذا كان الثمن تافهاً Vil-Prix أي لا يتناسب البته مع قيمة المبيع، وعندئذ ينعدم - ركن الثمن، ويبطل العقد كبيع، ويصح كهبة.

- فإن كان الثمن بخساً، أو لا يعادل قيمة المبيع - أي de risoir - لكنه ليس تافهاً فلا يعدم ركن الثمن، ولا يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، بل يظل بيعاً وإن أمكن للبائع مع ذلك الطعن في العقد للاستغلال[٨٧] إذا توافرت الشرائط الأخرى المنصوص عليها بالمادة ١٥٩ مدني، ويكون للمحكمة - في هذا الفرض - بناء على طلب الطرف المستغل، ووفقاً للعدالة، ومراعاة لظروف الحال، أن ينقص من التزاماته، أو يزيد من التزامات الطرف الآخر، أو أن يبطل العقد.

٤٣ - فإن كان المبيع مملوكاً للدولة، أو لغيرها من الأشخاص العامة، أو لأحد عديمي أو ناقصي الأهلية، أو لجهة الوقف، ونتج عن العقد غبن فاحش، أي يزيد عن الخمس كان للمغبون - أخذاً من نص م ١٦٣ مدني كويتي - طلب تعديل التزام الطرف الآخر، أو التزامه هو بما يرفع عنه الفحش في الغبن[٨٨].

- وأيا ما كان الأمر، فلا يمكن اعتبار البيع بثمن بخس هبة، بعكس الحال، فيما إذا كان الثمن تافهاً. ولا يخفى، أن تقدير ما إذا كان الثمن تافها يعدم البيع، أو بخساً، لا يعدمه مسألة موضوعية، تترك لمحكمة الموضوع بدون رقابة محكمة التمييز.

ونذكّر بأنه، إذا لم يذكر الثمن في عقد البيع إلا بصفة صورية، فإن العقد

(٨٧) في هذا المعنى، حديثاً، محكمة النقض الفرنسية - ٤ يوليه ١٩٩٥ - دالوز - ١٩٩٧ - ص ٢٠٦ - تعليق A-M. Luciani.

(٨٨) والمذكرة الايضاحية - تعليقاً على النص المذكور - ص ١٥٧ - وكانت المجلة، تذهب إلى اعتبار البيع في مثل في هذا الفرض باطلاً بطلانا مطلقاً - م ٣٥٦ -

يصح - كما أسلفنا - إنما بوصفه هبة مستترة في صورة بيع، إعمالاً لنص م ٢٠٠ من القانون المدني، والهبة المستترة، لا يشترط لانعقادها الشكلية، بعكس الهبة المعلنة أو المكشوفة[٨٩] التي تعتبر الشكلية ركناً لانعقادها.

- **البيع، والوصية:**

٤٤ - الوصية Le Testament، تمليك، مضاف إلى ما بعد الموت بدون عوض، وبذا، فإنها كالبيع من التصرفات الناقلة للملكية. لكنها تختلف عنه - بعد ذلك - في مسألتين الأولى أن نقل الملكية في الوصية يتم من دون مقابل. والثانية، أن انتقال الملكية فيها، يتأخر إلى ما بعد الوفاة.

- ولكن الأمر، ليس دائما بهذه السهولة، فقد يحدث عملاً، وتحايلاً على أحكام القانون، الخلط بين البيع، والوصية. فيعمد الموصى، الذي يرغب التحايل على قاعدة عدم جواز الإيصاء فيما يجاوز ثلث التركة - وهي من القواعد الآمرة - إلى جعل تصرفه في صورة بيع، وليس وصية. وبذا، يتيسر له تحقيق **كل أهداف الوصية دون الخضوع لقواعدها الآمرة**. والواقع أن التصرف - في هذا الفرض - بيع صوري. وعلى ذلك يكون لكل ذي مصلحة التمسك بالعقد الحقيقي، وهو الوصية. وله أن يثبت صورية البيع الذي أضربه بكل طرق الإثبات. من ذلك مثلا، إثبات تخلف عنصر جوهري من عناصر البيع وهو الثمن[٩٠] وتبعاً لذلك حكم، بأنه متى كان الحكم، إذا اعتبر العقد الصادر من المورث إلى أحد ورثته، وصية، وليس بيعاً، قرر أن المورث لم يكن في حاجة لبيع أملاكه، وأنه لم يقبض ثمناً... فإنه يكون قد أقام قضاءه على استخلاص موضوعي سائغ[٩١] وبعكس ذلك، فوجود الثمن الجدي في العقد - يعتبر قرينه قوية - لدى القضاء في ترجيح اعتباره بيعا[٩٢].

---

(٨٩) في هذا المعنى /تناغو/ ص ٢٢/ بند ٦.
(٩٠) نقض ١٩٥٤/١/٢٨ - مجموعة شعله - ص ٢٩ - رقم ٥٣.
(٩١) مثلا نقض ١٩٤٦/٤/١٨ - شعلة مرجع سابق - ص ١٣.
(٩٢) مثلاً، نقض ١٩٣٨/٦/٩ شعلة - ص ١٦.

- كما يمكن من ناحية أخرى، إثبات أن التصرف وصية، وليس بيعاً إذا ثبت أن الملكية، لم تنتقل إلى المتصرف إليه حقيقة[٩٣].

٤٤ - وعلى أية حال فإن اعتبار التصرف بيعا، أو وصية، من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، ولا معقب على حكمه متى كان قائما على أسباب تحمله. وتبعاً لذلك، حكم بأن اشتراط البائع الاحتفاظ لنفسه بحق الانتفاع بالمبيع مدة حياته، ومنع المشتري من التصرف فيه طوال تلك المدة، ضمانا لحقه في اقتضاء الثمن لا يمنع من اعتبار التصرف بيعاً صحيحاً ناقلاً لملكية الرقبة فوراً، ووصف هذا التصرف بأنه وصية استناداً إلى هذا الشرط وحده خطأ[٩٤].

وإذا ظهر من نصوص عقد البيع المسجل تسجيلاً تاماً، ومن ملابساته أنه عقد تمليك قطعي، منجز، وأن الملكية قد انتقلت بموجبه فوراً إلى المشتري، فاتفاق البائع والمشتري، على بقاء العين تحت يد البائع - بعد البيع - لينتفع بها طوال حياته دون المشتري، لا يمنع من انتقال ملكية الرقبة فوراً. ووصف هذا العقد بأنه وصية، خطأ[٩٥].

- وعلى عكس ذلك، فإن وجود الثمن الجدي «غير التافه» في العقد يعتبر عند المحاكم - قرينة قوية في ترجيح اعتباره بيعاً، فمتى كان الحكم، قد قرر أن العقد الصادر من المورث لزوجته، هو عقد بيع، عين فيه المبيع والثمن، وأن لا عبرة بعدم ذكر قبض الثمن في العقد - بعد تعيينه - فإن الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون لأن مطلق البيع، يفيد التزام المشتري بدفع الثمن المسمى[٩٦].

- وقد لاحظ البعض [٩٦م] - بحق - أن أحكام القضاء، قد اختلفت في الاكتفاء بشرط دون آخر من الشروط السابقة، أو استلزام اجتماعها أو اجتماع بعضها.

---

(٩٣) نقض ١٩٤٥/٣/٨ - شعله - ص ١٢، وعكس ذلك، استناداً إلى عناصر أخرى - نقض ١٩٥٤/١/٢٨ - شعله - ص ٢٩ - رقم ٥٣ -.

(٩٤) نقض ١٩٥٢/٢/٢٦ - شعله ص ٢٣ - رقم ٣٦.

(٩٥) نقض ١٩٣٧/١١/١١ - شعل - ص ٢٠ - رقم ٣٠.

(٩٦) نقض ١٩٣٨/٦/٩ - شعله - مرجع سابق - ص ١٦.

(٩٦م) الشرقاوي/ ص٣١/ بند ١٠.

٤٥ - ورغبة، في مواجهة ما شاع في العمل من التحايل على أحكام الوصية، لمحاباة بعض الورثة على بعض، عن طريق التصرف إلى الوارث الذي يراد محاباته تصرفاً منجزاً في الظاهر، يستر في حقيقته تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت. **فقد فصل التقنين المدني الكويتي**، كنظيره المصري في هذه المسألة بنص صريح على أنه إذا تصرف شخص لأحد ورثته، واحتفظ لنفسه بحيازة العين المتصرف فيها، بأية طريقة كانت، وكذا، بحقه في الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت، ويسري عليه أحكام الوصية. ما لم يقم الدليل على غير ذلك - م ٩٤٣ مدني كويتي[٩٧].

ويبين من النص المذكور - أن المشرع، قد أقام قرينة قانونية على وجود نية الإيصاء من احتفاظ المتصرف بحيازة المبيع، والانتفاع به مدة حياته، إذا كان المتصرف إليه وارثاً.

ولا تقوم القرينة المذكورة، ما لم تتوافر الشرائط الآتية:

أ - أن يكون المتصرف إليه وارثاً للمتصرف، وقت وفاة الأخير. فالعبرة في تحديد صفة الوارث، هي بوقت الوفاة - ب - وأن يحتفظ المتصرف بحيازة العين التي تصرف فيها، والمقصود بالحيازة - فيما نرى - السيطرة الفعلية على الشيء المبيع، بتوافر ركنها المادي الذي لا يتحقق إلا بسيطرة الحائز، أو وضع يده على العين موضوع التصرف، عن طريق القيام عليها بأعمال لا يقوم بها عادة إلا مالك هذا الشيء، كالسكنى مثلاً في المنزل، وزراعة الأرض، الزراعية... الخ. فبهذه الحيازة، يمكن اعتبار التصرف، مجرد وصية خاصة وأن النص ورد عاما، لم يقيد حيازة المورث بأية قيود.

جـ - ويشترط أخيراً، لامكانية القول بوجود قرينة الإيصاء، احتفاظ المتصرف بحقه في الانتفاع بالعين طوال حياته. والواقع أن هذا الشرط جاء فضله، وزائده، لا فائدة منها، خصوصاً، وإن المشرع قد اشترط احتفاظ المتصرف طوال حياته بحيازة العين المتصرف فيها. والحيازة، تشمل الانتفاع بطبيعة الحال،

---

(٩٧) والمذكرة الإيضاحية تعليقاً على النص المذكور - ص ٧١٩ - والمادة ٩١٧ من القانون المدني المصري.

وقد يرد على ذلك بأن المشرع أراد التأكيد على الانتفاع، بصفة خاصة ليواجه الحالة التي يسيطر فيها المورث على المبيع سيطرة مادية، من دون الإفادة غير المباشرة منه. كأن يقوم مثلا بتسوير الأرض الفضاء، دون البناء عليها مثلا.

فإذا توافرت الشرائط السابقة، أمكن القول بوجود قرينة قانونية على وجود نية الإيصاء. وبمقتضاها، فإن التصرف يعتبر تبرعاً حتى، ولو تم في صورة معاوضه كبيع، أو غيره. كما أن التصرف المذكور يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت. والقرينة الواردة بالنص، بسيطة، بحيث يجوز لمن صدر له هذا التصرف «أي الوارث» نفيها ولا يتسنى له ذلك، إلا إذا أثبت تخلف أي شرط من الشروط السابقة.

ويجوز للوارث الذي يطعن في تصرف صادر من مورثه في صورة بيع منجز، بأن حقيقته وصية. وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعاً، إضرارا بحقه فيه، أن يثبت هذا التحايل بأي طريق(٩٨) من طرق الإثبات.

٤٦ - ونلفت النظر بأنه لا يلزم لاعتبار التصرف - الذي اجتمعت له الشرائط الواردة بنص م ٩٤٣ مدني - وصية؛ أن يكون قد صدر في مرض الموت. صحيح أن التصرف الصادر في مرض الموت يعتبر وصية، إنما طبقاً لشرائط أخرى ورد النص عليها بالمادة ٩٤٢ مدني. أخصها، أن يكون التصرف نفسه، قد صدر من المورث، وهو في مرض الموت. ولورثة المتصرف إثبات حصول التصرف في مرض الموت بجميع وسائل الإثبات(٩٩) ولا مثيل لهذا الشرط، في نص م ٩٤٣ مدني.

ثالثاً - طبيعة المقابل، كمعيار للتمييز بين البيع وغيره:

٤٧ - قلنا أن الملكية تنتقل في البيع مقابل عوض نقدي، وبذا يختلف عن عقد المقايضة الذي تنتقل فيه الملكية مقابل عوض غير نقدي Une Contrepartie-non monètaire كذا، تختلف طبيعة المقابل في عقد البيع عن تقديم حصة في شركة، فبينما يكون التمليك في البيع مقابل ثمن نقدي - على ما

---

(٩٨) نقض ١١/٥/١٩٥٠ - شعلة - ص ٢١ - رقم ٣١ - ونقض ٢٦/٢/١٩٥٢ شعلة - مرجع سابق - ص ٢٣.

(٩٩) المادة ٩٤٢ مدني - والمذكرة الايضاحية تعليقاً على النص - ص ٧١٨. ولاحقا - بند ٣٢٩ - وبعدة.

ذكرنا فإن تقديم حصة في شركة، يتم مقابل المشاركة في الأرباح. وذلك على التفصيل التالي:

أ - البيع، والمقايضة:

٤٨ - ذكرنا أن المقابل في البيع ثمن نقدي، بينما تتم المقايضة L'echange مقابل مال غير نقدي. وعلى هذا، ورد نص المادة ٥٢٠ مدني بأن المقايضة، مبادلة مال بمال لا يكون أيهما نقداً. ورغم التفرقة بين البيع والمقايضة على أساس اختلاف المقابل في كل منهما. فإن هذا لا يعني اختلافاً جوهرياً بينهما فالمقايضة كالبيع من عقود المعاوضة، ومن عقود التمليك كذلك.

ولذا، نص المشرع الكويتي، على أنه تسري على المقايضة، أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة. ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً لما قايض به، ومشترياً لما قايض عليه - م٥٢٢ مدني - ولكن المقايضة، تختلف - مع ذلك - عن البيع في طبيعة مقابل التمليك، فعلى حين أن البيع تمليك لمال مقابل ثمن نقدي، فإن المقايضة تمليك مال بمال ليس من النقود.

٤٩ - وتدق التفرقة بين البيع والمقايضة في حالتين: الأولى، إذا كان أحد العوضين، أوراقاً مالية، يسهل تقديرها بالرجوع إلى كشوف التسعير، أو أسعار البورصة مثلاً. وفي هذا الصدد ذهب رأي(١٠٠) إلى أن العقد في هذه الحالة، بيع، وذلك لسهولة تقدير المقابل وإمكان تحويله إلى نقود بسهولة. وهو في ذلك لا يختلف عن البيع مقابل سندات، أو وزن من الذهب. ولكن مسايرة هذا الرأي إلى نهايته، قد يؤدي بنا إلى اعتبار العقد بيعاً، كلما قدر الطرفان المقابل في العقد بالنقود، وهو ما لم يقل به أحد. ولذا فإن العقد في الفرض المطروح - مقايضة طالما أن العوض مقابل غير نقدي. حتى وإن سهل تحويل المقابل إلى مبلغ نقدي(١٠١) ولذا، فقد ورد نص م٥٢٠ صريحاً في أن مبادلة مال، بمال غير نقدي، يعتبر مقايضة.

---

(١٠٠) انظر، البدراوي - مرجع سابق - ص٤١ الذي عرض له. وانظر أوى (ج) / ص٦٧/ بند ١١١٢٢.

(١٠١) السنهوري - الوسيط - جـ٧ - ص٢٩ - والشرقاوي/ ص٣٥٩/ بند ١٠١/ تناغو/ ص٣٤.

٥٠ - **أما الحالة الثانية**، التي يصعب فيها التمييز بين العقدين، أن تكون المقايضة بمعدل نقدي كأن يتم مقايضة سيارة حديثة بأخرى قديمة مع مبلغ نقدي والواقع أن وجود المعدل في المقايضة، ليس من شأنه **أن يغير من طبيعتها كقاعدة عامة**. وهذا الحكم يستفاد ضمناً من نص م٥٢١ مدني التي **أجازت في المقايضة أن يكون فرق القيمة بمبلغ من النقود كمعدل**. على أن هذا **الحكم مشروط بألا يكون المبلغ الذي سماه المتعاقدان معدلاً، قد بلغ من الأهمية قدراً، جعله هو العنصر الغالب في العقد**، وعندئذ يمكن للمحكمة اعتبار العقد **الذي سماه المتعاقدان مقايضة، بيعاً**. وتأكيداً لذلك، حكم بأن العقد الذي يزيد فيه ما **يدفع من الثمن نقدا، عما يدفع منه عيناً، أقرب إلى البيع منه إلى المقايضة**[١٠٢] **ويكون هذا البيع في مقابل الثمن الذي سماه المتعاقدان معدلاً. وما يقدم خلاف المعدل، يعتبر وفاء بمقابل لجزء من الثمن. ومثال ذلك مبادلة منزل حديث، بسيارة، بالإضافة إلى مبلغ نقدي. فحيث يكون، المبلغ النقدي - هو العنصر الغالب، يكون العقد بيعاً، والعكس صحيح**.

ب - البيع وتقديم حصة في شركة:

٥١ - قد يكون نصيب أحد الشركاء في عقد الشركة، تقديم حصة عينية مقابل المشاركة في الأرباح التي قد تحققها الشركة. بمعنى أنه ينقل ملكية عين ما، لتدخل في رأسمال الشركة مقابل المشاركة في الأرباح. وبذا، يقترب تقديم الشريك الحصة العينية في الشركة من عقد البيع، كونه ينقل الملكية، مقابل عوض. والواقع، أن تقديم الشريك حصة في شركة L'apport en Societé يختلف عن البيع، في أن التمليك في الأول مقابل المشاركة في الأرباح، في حين أن نقل ملكية المبيع يكون مقابل ثمن نقدي[١٠٢م]. فطبيعة المقابل وليس المقابل ذاته هي إذن معيار التمييز بين العقدين. ويترتب على ذلك نتائج أهمها:

(١٠٢) مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض - س٤ - جـ٢ - ٩٨٦.
(١٠٢م) ماليرى، وآينس/ ص٦٠/ بند ٦٩.

أن الشفعة، كسبب من أسباب كسب الملكية، وهي حق الحلول، محل المشتري عند بيع العقار، أو المنقول، إذا بيع شيء من المال الشائع لأجنبي المادتان ٨٩١ - ٨٩٢ من القانون المدني لا تكون إلا في البيع بالمعنى الضيق للكلمة. فإن تصورنا - جدلاً بأن الشريك في الشيوع - قدم حصته الشائعة كحصة في شركة. فلا يكون لأي من الشركاء في الشيوع الأخذ بالشفعة، لأن تقديم الشريك لحصته على هذا النحو - لا يعتبر بيعاً يحصل منه على ثمن نقدي[١٠٣].

- ولما كان تقديم حصة أحد الشركاء في الشركة، ليس بيعاً - كما قدمنا. فإن التنازل عن حصة الشريك، فيما ذهبت إليه محكمة التمييز، هو ضرب من البيع، ويترتب على ذلك نتيجة مؤداها، حق بقية الشركاء، استرداد الحصة المبيعة، بالشفعة بالشروط نفسها إذا كان البيع لأجنبي[١٠٤].

رابعاً - الشيء المبيع، كمعيار للتفرقة بين البيع، وغيره:

٥٢ - يتخذ الفقه من الشيء المبيع معياراً للتفرقة بين عقدي البيع، والمقاولة والبيع وتقديم الخدمات - على التفصيل الآتي:

١ - عقد البيع، والمقاولة:

٥٣ - المقاولة Le Contrat d'entreprise، عقد، يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين «المقاول» بأن يؤدي عملاً للطرف الآخر «رب العمل» مقابل عوض دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه.

ويجوز، إعمالاً لحكم م٦٦٢ مدني أن يقتصر التزام المقاول على تنفيذ العمل المتفق عليه، على أن يقدم رب العمل المواد اللازمة لذلك. كما يجوز أن يلتزم المقاول، بتقديم المواد كلها، أو بعضها إلى جانب التزامه بالعمل. وفي الحالة الأولى، أي حيث يكون محل المقاولة تعهداً بأداء عمل لا يقوم أمر اختلاطها بالبيع أصلاً فالأخير يقوم على نقل ملكية شيء أو أي حق عيني آخر..

---

(١٠٣) وأسباب أخرى في شكري سرور/ الملكية/ ص١٠٠/ بند ١٥١.
(١٠٤) تمييز ٢٥/٦/١٩٨٩ - القضاء والقانون/ س١٥/ ص٨٤/ رقم ٢٠.

أما في الحالة الثانية، حيث يقدم المقاول نفسه المواد كلها، أو بعضها فضلاً عن عمله، فهنا يثور التساؤل: هل نحن بصدد عقد بيع، أو مقاولة؟ ذهب رأي مرجوح[١٠٥]، أننا في الفرض السابق نكون بصدد عقد مركب، من المقاولة، والبيع معاً وتتبع أحكام المقاولة إلى حين تسليم الشيء، على أن تسري **أحكام البيع بصفة أساسية بعد التسليم**. ولكن الراجح - أن العقد في هذه الحالة **يعتبر بيعاً لأشياء مستقبلة، ويأخذ - من ثم - حكمه، ولا تنتقل الملكية فيه إلا بإنجاز العمل، أو صنعه، أو تسليمه بحسب الأحوال بشرط أن تكون قيمة الشيء هي الأكبر من قيمة العمل. ويترتب على الأخذ - بهذا الرأي - نتائج عدة أهمها**: أن المقاول يظل مالكاً للشيء الذي يصنعه، ما دام أنه لم ينجزه. ومن ثم فعليه ضمانه. وإذا أفلس المقاول، قبل إنجاز العمل، أو تسليمه، يمنع رب العمل «المشتري» من استرداده في مواجهة دائني التفليسة. ولا يغير من ذلك، أن يكون قد دفع جزءاً من الثمن فالملكية تظل للمقاول، وفي كل الحالات فلا يشترط لقيام المقاولة، على عكس البيع أن يكون المقابل «الثمن» محدداً. أما إذا اعتبر العقد بيعاً بعد إنجاز العمل، وتسليمه، فإن الملكية تنتقل إلى المشتري. ويلتزم البائع بالالتزامات الناشئة عن عقد البيع، ومنها، ضمان التعرض، والاستحقاق وضمان العيوب الخفية، إذا كان بالمبيع - وقت البيع - عيباً ينقص من قيمته، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة.

- وعلى أية حال، فإن تكييف العقد بوصفه بيعاً لأشياء مستقبلة مشروط - في الفرض المطروح - بأن تكون المواد، التي يقدمها المقاول، أكبر قيمة من العمل أما إذا كانت قيمة العمل هي الأكبر، اعتبر العقد مقاولة. وتطبيقاً لذلك اعتبر الفقه الكويتي[١٠٦] كنظيره المصري[١٠٧] أن تعهد المقاول بإقامة بناء، أو إنشاء بأدوات من عنده على أرض يملكها رب العمل، عقد مقاولة. إعمالاً لقاعدة أن

---

(١٠٥) فيما أشار إليه البدراوي/ ص٥٩/ بند ٢٦. وفي هذه التساؤلات وغيرها - ماليرى، وآينس ص٦٣/ بند ٧٤ - والمواد ٧٨٧/ مدني فرنسي، وما بعدها.

(١٠٦) الذي أفرد لمقاولات المباني والإنشاءات فرعاً مستقلاً بالفصل الأول في العقود الواردة على العمل - المواد من ٦٨٩ إلى ٦٩٧.

(١٠٧) المواد ٢٩٢، وما بعدها. وتفصيلاً للمؤلف «دعوى المشتري بالضمان الخاص للمباني، والإنشاءات في مواجهة المقاول، أو المهندس» - مجلة الحقوق - بجامعة الكويت - عدد يونيه ١٩٩٨.

الفرع «الأدوات والعمل» يتبع الأصل «الأرض»:

-Superfices Solo Cedit - أو - accessorum sequiter Principal

ويترتب على ذلك - خصوصاً - عدم التزام المقاول، بالضمان العشري[١٠٨] إلا من تاريخ إتمام البناء، أو الإنشاء[١٠٩] بينما يلتزم البائع بضمان العيب الخفي، من تاريخ إبرام البيع[١١٠] ولا يسأل المقاول عن العيب الخفي في مواد البناء، أو الإنشاء، طبقاً لأحكام البيع - م٤٨٩ من القانون المدني - وإنما طبقاً لأحكام المقاولة، إعمالاً للنص الوارد بالمادة ٦٦٧/ ١ مدني. وبعكس ذلك، إذا تعهد شخص بتقديم الأرض، والبناء معاً - فلا خلاف على اعتبار العقد - في هذا الفرض - بيعاً وليس مقاولة. وإن طبق المشرع الفرنسي على البيع، أحكام المقاولة. ونص بالمادة ١٧٩٢ من القانون المدني، على تطبيق قواعد الضمان العشري على بيوع المباني، والإنشاءات سواء تم البيع قبل إتمام البناء أو الإنشاء، أو تم بعد إنجازه فعلاً.

- كما توسع المشرع الفرنسي من جهة أخرى في البيع على حساب المقاولة، فأجرى على تقديم الخدمات والفرض أنها مقاولة - على ما سنرى حالاً - أحكام البيع في العديد من المسائل[١١١].

٢ - البيع، وتقديم الخدمات:

٥٤ - من التقسيمات الحديثة التي يعرض لها الفقه المعاصر[١١٢] تقسيم العقود،

---

(١٠٨) عن التهدم الكلي، أو الجزئي، أو العيب الجسيم الذي يهدد سلامة، ومتانة البناء أو الإنشاء.

(١٠٩) المادة ٦٩٢ مدني أو من تاريخ تسلمه بالقانونين المدني المصري - م٦٥١ والفرنسي - م١٧٩٢ - ماليرى وآينس/ ص٦٤ بند ٧٦.

(١١٠) وتفصيلاً، لهذه المسألة - المؤلف/ مرجع سابق، بمجلة الحقوق - بجامعة الكويت - ع يونيو ١٩٩٨.

(١١١) خاصة بالقانون الصادر في ١٣ يونيه ١٩٩٠ - في فرنسا، ثم التوجيه الأوربي الصادر في ٢١ يوليه ١٩٩٢ - وأصبح قانوناً داخلياً، في دول السوق الأوربية المشتركة.. وتفصيلاً - للمؤلف - الروابط القانونية الناشئة عن عقد الرحلة بمجلة الحقوق/ جامعة الكويت - ع مارس ١٩٩٨. وتطبيقاً لذلك محكمة استئناف باريس ٩ فبراير ١٩٨٨ - دالوز - ١٩٨٨/ مختصرات/ ٧٣ حيث استخدمت المحكمة عبارة «بيع الرحلة».

(١١٢) مثلاً كولار، وديلبك - العقود المدنية، والتجارية/ ١٩٩١/ ص٢١ - وبعدها - ماليرى وآينس/ ص٦٢ بند ٧٢ - أوى (ج) / ص٧٦/ بند ١١١٢٩.

بحسب موضوعها إلى عقود تقع على الأموال les biens، وعقود أخرى محلها تقديم الخدمات Prestation des Services – والأولى تقع على أشياء مادية، أهمها عقد البيع. أما الثانية، فلا يتعلق محلها بشيء مادي، ومن ذلك مثلاً خدمات النقل، والبنوك، والتظاهرات الفنية، والثقافية وأنشطة أصحاب الأعمال الحرة، كالمحاماة، والطب، والهندسة، والمحاسبة، وخدمات السياحة، والسفر... إلخ

ولما كان البيع لا يقع قانوناً إلا على شيء مادي. وبذا، تخرج عقود الخدمات من زمرة البيوع(١١٣) فقد ظهر اتجاه حديث خاصة في الفقه الفرنسي(١١٤) ينادي – حماية للمستهلك، الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية – بإخضاع تقديم الخدمات لأحكام البيع بدلاً من المقاولة. ويقطع بذلك أن المشرع الفرنسي قد جمع بين البيع، وتقديم الخدمات في مناسبات عدة، منها، وأهمها: أن القانون الصادر في ٢٢ ديسمبر ١٩٧٢ الخاص بتنظيم البيع في الموطن أو المنزل - Vent - a domicile، بغرض حماية المستهلك «المشتري» من التسرع في إبرام البيع يمتد بنطاقه ليشمل بيوع الأشياء المادية، أو مجرد تقديم الخدمات.

– أن القانون الصادر في ١٨ يناير ١٩٩٢، الخاص بالتزام المهني بإعلام غير المهنيين، في بيوع المسافات Ventes - à - distance ينطبق على البيوع كافة، سواء تعلقت بأشياء مادية، أو بتقديم الخدمات(١١٥).

– أن تحريم الإعلانات التجارية الكاذبة، والمضللة، ينطبق على كافة الرسائل الإعلانية سواء تعلقت ببيع أشياء مادية «منقولات، وعقارات» أو بمجرد تقديم خدمات.

– كما أن التزام المهني، بضمان سلامة المستهلك، كالتزام بتحقيق نتيجة – أخذاً من نص المادة الأولى من قانون ٢١ يوليه ١٩٨٣ –(١١٦) يشمل بيوع الأشياء المادية، أو الخدمات.

---

(١١٣) في هذا المعنى الأهواني/ ص٢٨.

(١١٤) وإن بدأ هذا الاتجاه مبكراً في «العميد سافاتييه» بيع الخدمات – دالوز ١٩٧١ – فقه ٢٢٣.

(١١٥) للمؤلف، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون – مجلة الحقوق – سبتمبر ١٩٩٥ – س١٩ – ص١٧٩.

(١١٦) للمؤلف – الحماية المدنية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن – مجلة الحقوق س١٩ – ديسمبر ١٩٩٥ – ص١٤٣ – وبعدها.

ولكن التطور يبلغ ذروته، عندما أصدر المشرع الفرنسي قانون ١٣ يونيه ١٩٩٢ بشأن تنظيم عمل وكالات السياحة، والسفر، وعبر عن الأنشطة الخدمية لهذه الوكالات بأنها بيع للرحلة. وتكرس هذا الاتجاه، من قبل في التوجيه الأوربي الصادر في ١٣ يونيه ١٩٩٠ - مستخدماً، كذلك عبارة بيع الرحلة. فيما ينبىء عن إرهاصات ميلاد اتجاه جديد يمتد بنطاق البيع ليشمل، كافة الأنشطة الخدمية.

٥٥ - وبذا يطغى البيع على المقاولة[١١٧] ولا غرابة في ذلك، فقد طغى عقد المقاولة على البيع - كما أشرنا - عندما طبق المشرع الفرنسي - بالمادة ١٧٩٢ مدني أحكام المقاولة على البيع. والزم بائع البناء، أو الإنشاء بضمان سلامة المبنى، أو الإنشاء، ومتانته مدة عشر سنوات تبدأ من تاريخ تسلمه شأنه في ذلك شأن المقاول. ولا مثيل لهذا النص بالقانونين الكويتي، أو المصري فأحكام الضمان العشري، لا تنصرف إلا إلى مقاولات المباني، والإنشاءات[١١٨]. وأيا ما كان الأمر فإن تطبيق أحكام البيع على تقديم الخدمات يرتب التزامات مقدم الخدمة بكل التزامات البائع، فيما عدا ما يتعارض، وطبيعة الخدمة المقدمة، فلا تنطبق عليها التزامات البائع بضمان العيوب الخفية.

- على أن البائع قد يلتزم بتقديم خدمات تابعة لعملية البيع، تالية على تسليم المبيع، بهدف صيانة المبيع، أو إصلاحه، أو تقديم قطع الغيار اللازمة لمدة محددة ينص عليها في عقد البيع[١١٨م] تسمى خدمات ما بعد البيع - Les services aprés Vente. وهذه الخدمات لا تختلط بعقد البيع ذاته. بل هي أقرب إلى تنفيذ البائع لالتزامه بضمان المبيع في أغلب الحالات.

---

(١١٧) وخشي من ذلك أستاذنا الدكتور الأهواني/ ص٢٩.

(١١٨) للمؤلف، تفصيلاً - بحث ينشر/ بمجلة الحقوق - عدد يونيو ١٩٩٨. وكذا، ماليفو، وجستا/ قانون التمويل العقاري - ط(٥)/ ١٩٩١/ رقم ١٦١.

(١١٨م) وقد يفرض على البائع، تقديم هذه الخدمات للجمهور، إذا كان صاحب امتياز في عقد توزيع لسلعة ما - جابر محجوب علي/ خدمة ما بعد البيع في بيوع المنقولات الجديدة/ ١٩٩٥/ الكويت/ ص٨، وبعدها - وكذا، أوى (ج) ص٧٦/ بند ١١١٢٩.

الباب الأول

البيع بوجه عام

- الفصل الأول: أركان عقد البيع
- الفصل الثاني: آثار عقد البيع

الباب الأول
البيع بوجه عام

تمهيد، وتقسيم:

٥٦ - البيع عقد رضائي Consensuel يرتب آثاره، بمجرد اتفاق الطرفين، ولا يلزم لانعقاده شكل خاص ومتى تم الاتفاق على البيع، والمبيع، والثمن انعقد العقد[١١٩]. ولذا، نصت م٣٧٦/١ من قانون التجارة، على أن البيع ينعقد بتراضي المتبايعين على المبيع والثمن. ويفهم من ذلك أن المبيع، والثمن هما محل عقد البيع[١٢٠].

على أننا لن نعرض لركني الرضا، والمحل، إلا بالقدر الذي يتخصص به كل منهما بالنسبة للبيع[١٢١].

- فإذا توافرت أركان البيع على النحو المذكور، ترتبت آثاره، بالنسبة للمتبايعين، فيلتزم البائع بنقل ملكية المبيع، وتسليمه، كما يلتزم بضمان التعرض، والاستحقاق، وضمان خلو المبيع من العيوب الخفية. كما يلتزم المشتري بدفع الثمن والمصروفات، وتسلم المبيع.

٥٧ - وبناء على ما تقدم، سنعرض بداية لأركان البيع في **فصل أول** ثم آثاره في **فصل ثان**.

---

(١١٩) تمييز ٢٥/٤/١٩٨٨ - مجلة القضاء والقانون - مرجع سابق - ص٣٥٣ قاعدة ١٠٣ ويستثنى من ذلك بيع المتجر، فلا يكون إلا بورقة رسمية، وإلا وقع باطلاً م٣٦ من قانون التجارة الكويتي - وتطبيقاً له، تمييز ٢٦/٦/١٩٨٨ - مجلة القضاء والقانون ص٥٧ - رقم ١٢.

(١٢٠) مثلاً نقض ١٠/١/١٩٦٣ - طلبة/ مرجع سابق / ص٣ / رقم ٤ - ونقض ٩/٦/١٩٤٩ - طلبة - مرجع سابق - ص٤ - رقم ٦ «يجب على المحكمة إثبات توافر أركان البيع من رضا، ومبيع وثمن». والمادة ١/١٤ من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع.

(١٢١) وقارن رمضان أبو السعود - دروس في العقود المسماة - عقد البيع - الدار الجامعية - ١٩٨٩ / ص٥٥ - وفافار/ ص٥٩ الذي عرض حتى لعيوب الإرادة، كالتدليس - والإكراه متأثراً بنظرية حماية المستهلك والقوانين الصادرة في هذا الصدد في عناصر عقد البيع. وجستان وديشي/ ص١١٠/ بند ١٠٢ وبعده.

الفصل الأول:

أركان عقد البيع

- المبحث الأول: الرضا
- المبحث الثاني: المبيع، والثمن

الفصل الأول
أركان عقد البيع

تمهيد، وتقسيم:

٥٨ - التراضي، هو الركن الأساسي في عقد البيع، وإنما يلزم أن يتعلق التراضي بالمبيع، والثمن(١٢٢) وهما محل العقد.

- وسوف نعرض بداية لركن الرضا في مبحث أول ثم محل البيع «المبيع، والثمن» في مبحث ثان.

المبحث الأول
ركن الرضا Consensus

٥٩ - يشترط في عقد البيع، كما في غيره من العقود، اقتران إرادتين متطابقتين أي إيجاب معين، وقبول مطابق له، واقتران الأخير بالأول. أي وصوله إلى علم الموجب.

على أن رضا المتبايعين، يمكن أن يقترن بشرط، فيعتبر البيع موصوفاً وأيا ما كان الأمر، فإذا كان وجود الرضا لازماً لإبرام البيع. فإن صحة العقد، لا تتحقق ما لم يتوافر في طرفيه الأهلية اللازمة لإبرامه. كذا ينبغي أن يصدر الرضا خالياً من عيوب الإرادة - وإلى جانب الأحكام السابقة(١٢٣) خص المشرع البيع بأحكام خاصة - فحظرت المادة ٥١٣ من القانون المدني على القضاة، وغيرهم شراء الحقوق المتنازع عليها. ومُنع السماسرة والخبراء أخذاً من نص م٥١٤ مدني شراء الأموال المعهود إليهم بيعها، أو تقدير قيمتها، أو مباشرة الخبرة في شأنها(١٢٤).

- وبناء على ما تقدم - نعرض بداية - لوجود الرضا، **في مطلب أول** ثم أوصاف التراضي على البيع **في مطلب ثان.**

---

(١٢٢) م١/٣٧٦ من قانون التجارة، والمذكرة الإيضاحية للنص - ص٣٦٤.

(١٢٣) التي لن نعرض لها - وانظر فافار - ص٩ - وماليري، وآينيس - ص٧٥/ بند ٩٨ - وقارن الشرقاوي/ ص٣٩/ بند ١٤.

(١٢٤) ونعرض لها، بالباب الثاني المخصص لبعض أنواع البيوع.

المطلب الأول
وجود الرضا

٦٠ - قدمنا، بأن البيع لا ينعقد إلا باقتران إرادتين متطابقتين. وينبغي أن ينصب التراضي على ماهية العقد، والمبيع والثمن[١٢٥].

والغالب أن يوجه الإيجاب بالبيع إلى شخص محدد، فينعقد العقد بقبول هذا الشخص دون غيره. ولكن - كثيراً - ما يوجه الإيجاب إلى شخص غير معين من الجمهور، كعرض السلع في المتاجر، والإعلان عنها. كما ظهر حديثاً، البيع بطريق التلفزيون، والحاسوب عبر شبكة الاتصالات الدولية "internet".

- وسوف نعرض للرضا في ذاته - في فرع أول - قبل تناول بعض صور الإيجاب بالبيع في فرع ثانٍ.

الفرع الأول
الرضا في البيع

٦١ - إذا كان الرضا، هو الركن الأساسي للبيع - كما قدمنا - فينبغي أن ينصب على ماهية العقد، والمبيع، والثمن.

فيجب بداية لانعقاد البيع، أن تتجه الإرادتان إلى البيع، والشراء فإن قصد أحدهما البيع، وقصد آخر الهبة مثلاً، لم ينعقد العقد[١٢٦] وإن قصدا معاً عقد آخر

(١٢٥) نقض ١٩٤٩/٦/٩ - طلبة - مرجع سابق - ص٤ - رقم ٦.

(١٢٦) ..فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت من الخطابين المتبادلين بين الشركة الطاعنة ووزارة التموين المطعون عليها، المفصحين عن إيجاب الشركة، وقبول وزارة التموين هذا الإيجاب، وكذا من الظروف التي لابست التعاقد، أن نية الطرفين لم تنصرف إلى البيع بل إلى الاتفاق على زيادة «مقطوعة السكر» المقررة لمصنع الشركة مقابل استيراد الأخير كمية من السكر من الخارج، وكانت الأسباب التي استندت إليها تبرر قانونا هذا التكييف، فإن الحكم يكون قد طبق صحيح القانون - نقض ١٩٦٣/٩/١٠ - طلبة ص٣ - رقم ٤.

خلاف البيع، طبقت أحكام هذا العقد الآخر، ولو سمياه بيعاً. فالمناط في تكييف العقد، بما عناه المتعاقدان، ودون اعتداد بما أطلقاه عليه من تسمية(١٢٧).

- ويجب كذلك أن تتفق الإرادتان على المبيع ذاته. فإن قصد أحدهما بيع عين معينة، وقصد الآخر شراء أخرى لم ينعقد البيع على أيهما ويجب أخيراً، أن تتفق الإرادتان على ثمن محدد. فإن قبل البائع بثمن، ورضي المشتري بأقل منه لم ينعقد العقد.

- يكفي إذن لانعقاد البيع، الاتفاق على طبيعة العقد، والمبيع، والثمن، بوصف أن هذه هي المسائل الجوهرية. وأخذاً من نص المادة ٥٢ من القانون المدني(١٢٨) إذا اتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، وعلقا أموراً ثانوية، على أمل اتفاقهما عليها مستقبلا. فإن ذلك لا يمنع من انعقاد العقد(١٢٩). فإذا لم يصل المتعاقدان إلى الاتفاق في شأن ما علقاه من الأمور الثانوية، تولى القاضي حسم الخلاف في شأنها، وفقاً لطبيعة المعاملة، والعرف الجاري، ومقتضيات العدالة.

ويشترط لإعمال الحكم الوارد بالمادة ٥٢ مدني سالفة الذكر - أن يكون الطرفان قد اتفقا على المسائل الجوهرية في العقد جميعاً، وهي كما قدمنا - طبيعة العقد، والمبيع، والثمن. فالاتفاق على هذه المسائل شرط لانعقاد العقد.

- وكذا، أن يظهر بوضوح أنهما احتفظا بالمسائل الثانوية أو التفصيلية لاتفاق لاحق. على أمل منهما، الوصول إلى هذا الاتفاق مستقبلاً. وعلى عكس ذلك، إذا ثبت أنهما تفاوضا في هذه المسائل الثانوية، ولم يصلا إلى اتفاق، فإن العقد لا ينعقد، ويظل المتبايعان في دائرة مشروع للبيع حتى يتوصلا إلى الاتفاق

---

(١٢٧) نقض ١٩٨٥/١٠/٣٠ - أحكام النقض/ س٣٦ - ص٩٦٣ - رقم ١٩٩.
(١٢٨) المقابلة للمادة ٩٥ من القانون المدني المصري.
(١٢٩) تطبيقاً لذلك - نقض ١٩٧٣/١٢/١٨ - أحكام النقض - س٢٤ - ص١٢٨٧، ونقض ١٩٨٣/٣/٢٩ - طلبة - مرجع سابق - ص١ - رقم ٢ - ونقض ١٩٧٥/١/١٦ - طلبة - مرجع سابق - ص٢ - رقم ١.

بشأن هذه المسائل التي، وإن كانت ثانوية إلا أنهما تفاوضا عليها، ولم يصلا إلى اتفاق، فالتفاوض على المسائل الثانوية كمكان تسليم المبيع مثلاً، أو كيفية الوفاء بالثمن، وغير ذلك ينزلها منزلة المسائل الجوهرية بحيث لا ينعقد البيع إلا بالاتفاق عليها.

– وفي كل الحالات، يقع على عاتق محكمة الموضوع، تحديد ما إذا كان الطرفان قد جعلا من تلك المسائل الثانوية عناصر جوهرية للاتفاق فيما بينهما[١٣٠].

– ويفترض النص – أخيراً – عدم اشتراط المتبايعين بأن العقد لا ينعقد عند عدم الاتفاق عليها. وعلى ذلك، إذا تبين أن الطرفين، اشترطا صراحة، أو ضمناً، بأن العقد لا ينعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل الثانوية، فإن البيع لا ينعقد.

– وإذا توافرت الشرائط السابقة، فإن القاضي يستطيع حسم الخلاف بشأن هذه المسائل الثانوية، على هدى من طبيعة المعاملة، والعرف الجاري ومقتضيات العدالة. وهذا هو الحكم الواجب اتباعه – إعمالاً للنص المذكور برغم ما فيه من إعطاء القاضي، ما يتجاوز المألوف من سلطته[١٣١].

الفرع الثاني
صور الإيجاب بالبيع الموجه للجمهور L'offre du Public

٦٢ – جرت عادة التجار على عرض سلعهم على واجهات محالهم التجارية، مع كتابة الأثمان عليها، أو بالنشر عنها في وسائل الإعلام المرئية أو المسموعة، أو

---

(١٣٠) من ذلك – توفيق فرج – عقد البيع والمقايضة – ١٩٨٥ / ص٦٢.

(١٣١) فإذا قام بينهما خلاف على المسائل التي أرجىء الاتفاق عليها، كان لهما اللجوء إلى المحكمة للفصل فيه – نقض ١٩٨٣/٣/٢٩ – طلبة / ص١ – ونقض ١٩٦٤/١/٢٣ – مجموعة أحكام النقض – س١٥ – س١١٥ – رقم ٢٢.

في نشرات خاصة يرسلونها إلى عملائهم، أو يوزعونها على أفراد الجمهور. فهل يعتبر عرض البضائع - على هذا النحو - أو الإعلان عنها إيجاباً[١٣٢]؟

ومن ناحية أخرى انتشر - حديثاً - البيع بطريق التلفاز[١٣٣] حيث يقوم مقدم البرنامج بعرض للسلع المراد بيعها، مع تحديد أوصاف المبيع، والأسعار الجاري التعامل بها وبذا، فإن المتلقي، يقوم بالاتصال - هاتفياً - بالبرنامج، مع إرسال الثمن، فهل يعتبر عرض السلع - بواسطة التلفاز، إيجاباً؟ أم مجرد دعوة إلى التعاقد، أو التفاوض قد تنتهي بدورها إلى صياغة محددة، تعتبر إيجاباً، ينعقد بها البيع إذا صادفه قبول مطابق. أو قد لا تنتهي إلى هذه النتيجة؟[١٣٤].

- وسوف نعرض لحكم هذه المسائل - تباعاً - فيما يلي:

أولا - عرض السلع في المتاجر:

٦٣ - نصت المادة ٤٠ مدني في فقرتها الثانية، على أنه يعتبر إيجاباً - على وجه الخصوص - عرض البضائع، مع بيان أثمانها، وذلك مع عدم الإخلال بما تقتضيه التجارة من أوضاع.

فلا نزاع إذن، على أن عرض السلع في واجهات المحال التجارية يعتبر إيجاباً بالبيع، صالحاً لأن يقترن به قبول أي فرد من أفراد الجمهور، فينعقد البيع بين التاجر المذكور، ومن يتقدم له للقبول. غير أن هذا العقد يرد على السلعة المعروضة - ذاتها - في واجهة المحل التجاري، دون غيرها من السلع الموجودة بداخل

---

(١٣٢) للمؤلف - الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي - والمقارن - مجلة الحقوق س١٩ - ع٤ - ديسمبر ١٩٩٥ / ص١٤٣.

(١٣٣) ولم يعد الفقه الحديث يعرض للبيع - دون تناول هذا النوع من البيوع - مثلاً: بيل/ ص٣٠/ بند ٥٠ - فافار/ ص٤٠.

(١٣٤) في الإجابة على هذه التساؤلات، وغيرها، للمؤلف - حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون - مجلة الحقوق س١٩ - ع٣ - سبتمبر ١٩٩٥ - ص١٧٩ - وفافار/ ص٤٠، وبعدها - وتفاصيل إحصائية في جريدتي Le monde - ٧ أكتوبر ١٩٨٧ - وLibération يوم ٦ أكتوبر ١٩٨٧.

المحل، وبخاصة إذا كانت غير مكتوب عليها الثمن وما لم يعرض التاجر تسليم المشتري سلعة أخرى مماثلة للسلعة المعروضة لصعوبة سحب الأخيرة من واجهة المحل التجاري مثلا(١٣٥) وينبغي على المشتري - عندئذ - قبولها وإلا كان متعسفاً في استعمال حقه، أخذاً من نص م٣٠ من القانون المدني. ولعل هذا، ما قصده المشرع الكويتي بنصه على وجوب مراعاة ما تقتضيه التجارة من أوضاع.

أما إذا كانت جميع السلع بداخل المحل التجاري، في متناول الجمهور، مكتوب عليها أثمانها، جاز لكل شخص من الجمهور، أن يطلب الشراء إلى حين نفاذ المعروض ويجوز للتاجر - مع ذلك - أن يتحفظ بشأن الكمية التي يبيعها لكل فرد من الجمهور وهو تحفظ لا يعدم الإيجاب بالبيع - بطبيعة الحال - فالقاعدة أن عرض السلع مع بيان أثمانها، إيجاب موجه للجمهور. وغالباً، ما يقترن هذا الإيجاب بتحفظ ضمني «إلى حين نفاذ الكمية». وفيما عدا ذلك، فإن الإيجاب الموجه للجمهور، كالإيجاب الموجه لشخص محدد، يلزم صاحبه، إذا كان جازماً، يتضمن العناصر الجوهرية للبيع - وهي كما أسلفنا - المبيع، والثمن.

أما إذا احتفظ التاجر لنفسه، بإمكانية تعديل العرض «المبيع» أو حقه في رفض البيع دون تحديد الأسباب، فإن عرض السلع في هذه الحالة لا يعدو كونه دعوة إلى التعاقد(١٣٦).

ثانيا - الإعلان عن السلع:

٦٤ - الإعلان - بداية - كل ما يستخدمه التاجر لحفز المستهلك على الإقبال

---

(١٣٥) سليمان مرقس - عقد البيع - ١٩٨٠ / ص٥٨ / بند ٣٦.

(١٣٦) وهو المبدأ الذي سار عليه القضاء في الكويت، ومصر، وفرنسا - أنظر تفصيلاً للمؤلف - مرجع سابق - مجلة الحقوق - سبتمبر ١٩٩٥ / ص١٩٢، وبعدها. وعكس ذلك اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع - ١١ أبريل ١٩٨٠ - وحيث تستلزم في الإيجاب أن يكون موجهاً إلى شخص أو عدة أشخاص محددين. أنظر للمؤلف البيع الدولي للبضائع في اتفاقية فيينا - ١١ أبريل ١٩٨٠ - محاضرة ألقيت على الطلاب المتدربين - بكلية الحقوق - بجامعة الكويت - ١٩ ديسمبر ١٩٩٤.

على سلعته سواء تم ذلك بالوسائل المرئية، أو المسموعة، أو المقروءة بهدف تحقيق الأرباح التجارية(١٣٧).

ويثور التساؤل، بصدد ما إذا كان الإعلان - بالمعنى السابق - عن السلع مع بيان أثمانها - إيجاباً بالبيع، صالحاً لأن يقترن به قبول، شأنه في ذلك شأن عرض السلع على واجهات المحال التجارية؟ لقد بادر المشرع الكويتي بالإجابة على ذلك بالنص على أن النشر، والإعلان، وإرسال أو توزيع قوائم الأسعار الجاري التعامل بها، وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور، أو لأفراد معينين، لا يعتبر متضمناً إيجاباً، ما لم يظهر العكس من ظروف الحال - م٤٠/٣ مدني - وجاء بالمذكرة الإيضاحية أن هذا الحكم يتمشى تماماً مع الغالب حصوله في العمل، حيث أنه يقصد في العادة بإرسال ما سبق، الدعاية، أو في الأكثر الدعوة إلى التعاقد(١٣٨) ويبين من ذلك إذن أن الإعلان، لا يعتبر بحسب الأصل إيجاباً.

فإذا استبان - من واقع الحال - ما يثبت عكس هذا الأصل، اعتبر إيجاباً. وهو ما يحدث - في اعتقادنا - إذا اشتمل الإعلان على أوصاف المبيع، وثمنه، بطريقة واضحة، ومحددة.

٦٥ - وتفصيلاً لذلك فإن من يوجه إعلاناً محدداً إلى الجمهور، يقصد التعاقد مع من يتقدم إليه بالقبول، أولاً، فأول، في حدود مقدار ما لديه من السلع. فالإعلان يعتبر إيجاباً صحيحاً موجهاً للجمهور، متى تضمن عناصر البيع الجوهرية، وهي المبيع، والثمن. ونستند في ذلك إلى اعتبارات قانونية، وأخرى عملية.

- ومن الاعتبارات القانونية: أن الإعلان إيجاب صحيح بات إذا تضمن ثمن المبيع، ونوعه، وخصائصه الجوهرية. فالتاجر في هذا الفرض، اتخذ موقفاً لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على أنه يقصد البيع بالثمن المعلن عنه. وهو إيجاب صالح لأن يقترب به قبول، فينعقد البيع. وبعبارة أخرى، يعتبر الإعلان الموجه للجمهور، إيجاباً، ولا يمنع من ذلك عدم تحديد الشخص المقصود بالبيع

---

(١٣٧) كما ورد بالمادة الأولى من الاقتراح بقانون المقدم لمجلس الأمة في المؤلف - مرجع سابق.
(١٣٨) المذكرة الإيضاحية، تعليقاً على النص السابق / ص٥٦.

فالإيجاب الموجه للجمهور - كما قدمنا - يعتبر موجهاً لكل فرد من الأفراد الذين يتكون منهم الجمهور. وبذا، يلتزم التاجر المعلن بإجابة طلبات من يتقدمون إليه أولاً، وفي حدود ما يملكه من السلع المعلن عنها. وقد توصل القضاء الفرنسي - في أحكام عدة - إلى هذه النتيجة، بوسيلة أخرى، هي تقرير التزام يقع على عاتق البائع «المعلن» بأن يسلم شيئاً من نفس ما ورد في الرسالة الإعلانية، وهو التزام يرقى إلى مرتبة الالتزام القانوني. فحكم مثلاً، بأن وكالة السياحة، والسفر يقع عليها التزام محدد باحترام ما ورد في كتالوج الرحلة متعلقاً بالبرنامج، ومواعيد الرحلة، وحجز الأماكن، وتذاكر السفر - في مواجهة العملاء(١٣٩). وبأن استهلاك السيارة المبيعة من الطاقة «البنزين» ينبغي أن يتوافق، وما ذكر في الرسائل الإعلانية المصاحبة لبيع السيارة، وإلا فإن البائع مسؤول بالتعويض في مواجهة المضرور(١٤٠) وبأنه على مقاولي البناء الالتزام باحترام، ما ورد في وثائقهم الإعلانية، وإلا كانوا مسؤولين تعاقدياً عن مخالفة ما تضمنته هذه الوثائق من بيانات(١٤١).

- ومن الاعتبارات العملية Pratiques، فالقول، بأن الإعلان إيجاب وإلزام المعلن بما ورد في رسالته الإعلانية، سوف يدفعه إلى توخي الحيطة والحذر، قبل نشر، أو إذاعة الإعلان خاصة إذا اشتمل على عناصر المبيع الجوهرية بما يؤدي - على المدى البعيد - إلى صدق، وصحة الرسائل الإعلانية، وهو هدف يسمو فوق الاعتبارات الأخرى. كما أن المحافظة على صدق أو صحة الرسائل الإعلانية، سوف يدفع المتلقي المرتقب إلى الثقة فيما ينشر أو يذاع عن السلع، وهو ما يعود

---

(١٣٩) باريس ٣ مايو ١٩٦٧ - جازيت باليه - ١٩٦٧ - جـ٢ - ص٣٤.

(١٤٠) باريس «الدائرة التجارية٢٨» نوفمبر ١٩٧٧ - دالوز ١٩٧٨ - ص١٠٦.

(١٤١) نقض مدني ١٨ مايو ١٩٦٦ - بلتان مدني - ١ - رقم ٣٠٨ - ويرى الأستاذ J.Ghestin - العقد - مرجع سابق/ ص٢٤٢/بند ٣٠٤ بأن للإعلان قيمة تعاقدية، خاصة فيما يتضمنه من بيانات محددة، وتفصيلية، وشارحه. وعندئذ تكون ملزمة للمعلن حتى وإن تضمن الإعلان عبارات تفيد، بأن قيمته إرشادية فقط - في نفس المعنى باريس ٢١ يونيه ١٩٧١ جازيت باليه - ١٩٧١ - مختصرات - ص٤٧ - وعكس ذلك م١٤/ ٢ من اتفاقية ڤينا للبيع الدولي للبضائع.

بالفائدة على المعلنين، والإعلان ذاته - كوسيلة ضرورية للترويج، أو التسويق. ومن ثم يحقق الاستقرار للسوق في معناه الاقتصادي ويدعم قواعد المنافسة الحرة بين التجار.

٦٦ - فإذا انتهينا، إلى أن الإعلان ملزم للمعلن - طبقاً للقضاء السابق - فإن ذلك يقربنا من نظام البيع بالعينة، المنصوص عليه بالمادة ٤٥٧ من القانون المدني(١٤٢) بحيث لا تبرأ ذمة البائع، إلا إذا قدم بضاعة، تطابق النموذج، أو العينة التي جرى التعاقد عليها(١٤٢).

ثالثاً - البيع بالتلفزيون:

٦٧ - انتشر - في الوقت الحالي - ما يمكن تسميته بالبيع بواسطة التلفزيون، حيث يتم عرض سلعة معينة، مع الإعلان عنها، وبيان مزاياها، وتحديد أوصافها والأسعار الجاري التعامل بها. وللمتلقي أن يتصل - هاتفياً - بأرقام تليفونات تظهر على شاشة التلفاز لإرسال الثمن وتسلم المبيع عن طريق مندوب(١٤٣) يقوم بهذه المهمة.

فهل يعتبر عرض السلع، بالتلفزيون - على النحو السابق - إيجاباً؟

ونبادر إلى القول بداية بأن الإيجاب عرض بات بنية الارتباط بالعقد إذا صادفه قبول مطابق - م٣٩ مدني - ويتعين أن يتضمن الإيجاب - على هذا النحو- العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه. وقد سبق أن رأينا أن العناصر الجوهرية للبيع، هي المبيع، والثمن. فإذا لم يتضمن، هذه العناصر الجوهرية فإنه لا يعدو أن يكون مجرد دعوة إلى التعاقد أو التفاوض. وبناء على ما تقدم، فإن عرض السلع

---

(١٤٢) لاحقاً - بند ٨٤.

(١٤٣) وينتشر في الوقت الحالي وسيلة أخرى لبيع السلع، والخدمات عبر شبكة الحاسوب الدولية Internet، التي تصل إلى مستخدمي أجهزة الحاسوب في جميع أنحاء العالم تقريباً - وهي وسيلة للتسويق المباشر لأكثر من ألف شركة أمريكية - انظر تفصيلاً للمؤلف - مرجع سابق - مجلة الحقوق - سبتمبر ١٩٩٥ / ص١٨٠ - الحاشية، القبس عدد الجمعة ٢٤/ ١٠/ ١٩٩٧م.

بواسطة التلفزيون، إذا تضمن المبيع، والثمن يعتبر إيجاباً، شأنه في ذلك شأن عرض البضائع على واجهات المحال التجارية مع بيان أثمانها. ففي الاثنين يتحقق للموجب له الرؤية: في التلفاز بالصوت، والصورة، والرؤية العادية في واجهات المحال التجارية.

فإذا لم يتحدد في عرض البضائع عبر التلفزيون شرائط البيع الأساسية فإنه لا يعدو أن يكون مجرد دعوة إلى التعاقد. وهذه المسألة تكتسب أهمية خاصة في نطاق المسؤولة المدنية. فإذا اعتبر العرض، مجرد دعوة إلى التعاقد، ثم عدل من دعا لها، دون مسوغ مشروع، فإنه يكون مسؤولاً بالتعويض عن الأضرار المادية، والأدبية التي سببها لمن دخل معه في المفاوضات. وتكون مسؤولية من عدل، تقصيرية، لا تعاقدية، إلا إذا مثل التفاوض، أو الاستمرار فيه التزاماً عقدياً. فإن الإخلال به عندئذ يرتب المسؤولية التعاقدية. وفي كل الحالات تترتب المسئولية التقصيرية في الفرض السابق ليس عن العدول في ذاته، وإنما عما يصاحب العدول من خطأ يترتب عليه الإضرار بالغير.

وعلى العكس، فإذا اعتبر العرض، بالتلفزيون إيجاباً، امتنع على صاحبه الرجوع، أو النكوص، وإلا كان مسؤولاً مسؤولية تعاقدية.

على أنه، إذا اعتبر عرض السلع بالتلفزيون، مع بيان أثمانها، بمثابة الإيجاب، فينبغي أن يراعى فيه متطلبات التجارة، شأنه في ذلك شأن عرض السلع في واجهات المحال التجارية م٤٠/٢ مدني. فقد لا يقصد التاجر بعرض سلعة معينة في التلفاز «وجوب بيعها بذاتها» بل بيع سلعة أخرى تماثلها، دون أن يعد ذلك إخلالاً بأحكام التسليم في عقد البيع - كما سنرى حالاً -.

٦٨ - وعلى ذلك، إذا عرض التلفزيون للسلعة، وحدد أوصافها، تحديداً تاماً لكنه ترك الثمن، ليكون موضوعاً للمناقشة، أو المساومة. أو أرفق عرضه بتحديد لأرقام الهاتف ليقوم المشاهد بالاتصال لتحديد الثمن. فإن ذلك لا يعتبر إيجاباً لتخلف عنصر جوهري، من عناصره، وهو الثمن. وإنما دعوة إلى التعاقد، ويكون اتصال المتلقي هاتفياً إيجاباً، ينعقد به البيع، إذا صادفه قبول مطابق. وفرق كما رأينا بين الإيجاب، ومجرد الدعوة إلى التعاقد.

المطلب الثاني
البيوع الموصوفة

تقسيم:

٦٩ مكرراً - يجوز أن يقترن رضا المتعاقدين - في عقد البيع - بشرط. كما يجوز أن يقترن بأجل. وفي الحالة الأولى، إذا كان العقد معلقاً على شرط واقف، توقفت آثاره على تحقق الشرط. فإن تحقق، فإن آثار البيع، تصبح نافذة - بأثر رجعي، من تاريخ انعقاده.

أما إذا اقترن العقد بشرط فاسخ. فإن هذا الشرط لا يقف آثار العقد، وإنما يتوقف زوال هذه الآثار أو بقاءها على تحقق الشرط أو تخلفه.

- فإن كان البيع مضافاً إلى أجل، فتقف آثاره إلى حين حلول الأجل - ولن نعرض لأحكام الشرط، والأجل، ونحيل بشأنهما إلى المؤلفات العامة في نظرية الالتزامات.

- على أن أوصاف الرضا، لا تقتصر على الشرط، والأجل بل يجوز أن يقترن الرضا في عقد البيع بتعدد المحل مع ثبوت خيار التعيين لأحد المتعاقدين. أو يقترن البيع بحق المشتري بتعيين من يعتبر مشترياً بصفة نهائية.

٦٩ مكرراً أولاً- وسوف نقتصر فيما يلي على عرض البيوع الموصوفة بالقانون المدني الكويتي، وهي البيع بالعينة - م٤٥٧، والبيع بشرط التجربة، أو المذاق - بالمادة ٤٥٨. كما نتناول الوعد بالبيع، أو الشراء، وإن لم يرد النص عليه - بصفة خاصة - في عقد البيع، لما يحققه من فوائد عملية[(١٤٤)] من ناحية. ولانتشاره من ناحية أخرى.

---

(١٤٤) وانظر، فافار/ ص٤٤ - ماليرى، وآينس/ ص٧٩/ بند ١٠٢ - ص٨٤/ بند ١٠٧ - ودرج عليه الفقه المصري - في عمومه - المراجع المشار إليها في الحاشية (١٤٧).

الفرع الأول

الوعد بالبيع، والوعد بالشراء Promesses de Vente et d'achat

– التنظيم القانوني، ملاحظات:

٧٠ – لم ينظم التقنين المدني، الوعد بالبيع، بنص خاص، اكتفاء بالقواعد العامة التي تحكم الوعد بالتعاقد في النظرية العامة للعقد. وذلك بالمادتين ٧٢ – و٧٣ – وبمقتضى الأولى فإن الاتفاق الذي يعد بموجبه أحد طرفيه أن يبرم، لصالح الطرف الآخر، عقداً معيناً، لا ينعقد إلا إذا عينت فيه المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه، والمدة التي يجب أن يبرم خلالها. وذلك دون إخلال بما تقضي به المادة ٦٩[١٤٥].

– أما المادة ٧٣، فتضيف قائلة، إذا وعد شخص بإبرام عقد معين، قام هذا العقد، إذا ارتضاه من صدر لصالحه الوعد، واتصل رضاؤه بعلم الواعد، خلال المدة المحددة لبقاء الوعد. بينما تعرضت الفقرة الثانية للمادة المذكورة، لحالة موت الواعد، أو فقد أهلية ولا تحول دون قيام العقد الموعود بإبرامه إذا تم الرضاء به والفقرة الثالثة، لحالة موت الموعود له[١٤٦]. وبه ينتقل خيار قبول العقد الموعود بإبرامه إلى خلفائه ما لم تكن شخصية الموعود له محل اعتبار في الوعد.

– ولمّا كان الوعد بالبيع، لا يخرج عن كونه، وعداً بالعقد، وبذا، تدخل دراسته ضمن نظرية العقد. إلا أن الوعد يجد في البيع بالذات أهم تطبيقاته، وأغلب مشكلاته، وقلما، نجد مؤلفاً في البيع، لا يتناول بالشرح – أحكام الوعد بالبيع[١٤٧] وهو ما حدا بنا إلى نهج نفس المنهج.

---

(١٤٥) المقابلة للمادة ١٠١ من القانون المصري.

(١٤٦) المقابلة للمادة ١٠٢ من القانون المصري.

(١٤٧) مثلا – السنهوري/ جـ ٤ / ص ٥٥ – شكري سرور/ شرح أحكام عقد البيع – ١٩٩٧ – ص ١٠١ – سليمان مرقس ص ٩٢/ بند ٤٨ – الشرقاوي/ ص ٨٠ / بند/ ٣ – توفيق فرج – البيع والمقايضة – ١٩٨٥/ ص٦٣/ بند ٣٨ – الاهواني /ص ١١٥/ بند ١٥٧ – ونظمه المشرع الفرنسي – بنص خاص في عقد البيع، هو نص المادة ١٥٨٩ – ماليرى وآينس/ ص٨٤/ بند ١٠٧.

- وكما يصدر الوعد، ممن يرغب في البيع، ويسمى الوعد بالبيع، يمكن كذلك أن يصدر ممن يرغب في الشراء، ويسمى الوعد بالشراء.
- ولمّا كان الوعد في الحالتين لا يلزم إلا الواعد. فإنه يمكن كذلك أن يكون تبادلياً، ومن ثم ملزماً للجانبين(١٤٨).

تقسيم:

٧١ - وبناء على ما تقدم، نعرض لماهية الوعد بالبيع، وشروطه - ثم آثار الوعد بالبيع - على التفصيل الآتي:

أولاً - ماهية الوعد بالبيع، وشروطه

١ - ماهية الوعد بالبيع:

٧٢ - الوعد بالبيع عقد، يلتزم الواعد «البائع» بمقتضاه، ببيع شيء الى شخص آخر بثمن معين، إذا رغب هذا الأخير في شرائه خلال مهلة معينة فإن قبل الطرف الآخر هذا الوعد، ينعقد بينهما بموجب هذا التراضي المتبادل عقد، هو الوعد بالبيع، ويلاحظ في هذا الصدد أن الموعود له، لا يلتزم بموجب هذا الوعد، ولكن يكون له فقط أن يبدي رغبته بالقبول أو الرفض. فالرضا متبادل، والالتزام يقع على عاتق الواعد وحده.

ومعنى الالزام، أن يظل الواعد على وعده إلى أن يبدي الطرف الآخر الموعود رغبته، فيصبح الوعد، بيعاً، إنما من تاريخ إبداء الرغبة.

- وقد يصدر الوعد، ليس من البائع، وإنما ممن يرغب في الشراء، وبذا، نكون بصدد وعد بالشراء، يلزم الواعد (المشتري) وحده حتى إبداء الموعود رغبته في البيع. وبذا ينعقد البيع، ويتبع آثاره من تاريخ إعلان الرغبة.

---

(١٤٨) ولما كان الوعد الانفرادي، الأكثر شيوعا فضلا عن الشك، الذي يثور بصدد حقيقة الوعد الملزم للجانبين بالبيع، والشراء، فسوف نركز دراستنا على صورة الوعد الانفرادي بالبيع، أو الشراء - في هذا المعنى - نقض ٢٥/٥/١٩٧٢ - أحكام النقض س٢٣/ص١٠١٠ - وفي عرضهما معاً - ماليري، وآينيس ص٨٥/ بند ١١٠ - وص ٩٧/ بند ١٢٨. وجستان وديشي: ص١٥٤ / بند ١٤٢ - وبعده.

- وكما يكون الوعد بالبيع، أو الشراء، منفرداً، يمكن - كما أشرنا - أن يكون تبادليا - وسوف ينصرف حديثنا إلى الأول دون الثاني[١٤٩].

٧٣ - وعلى أية حال، فإن الوعد بالبيع، على ما رأينا - قد يقترب - لأول وهلة - من الإيجاب بالبيع، والواقع أنه أبعد من مجرد الإيجاب بالبيع، فبينما يكون الإيجاب لا يلزم من صدر عنه «الموجب» إلا خلال المدة اللازمة لإبداء الموجب له، القبول، ومن ثم - وصول القبول إلى علم الموجب. فإن الواعد «بالبيع، أو بالشراء» يظل ملتزماً بوعده، إلى أن تنتهي المدة المحددة في الوعد، أو يتنازل الموعود له عن حقه في الشراء، أو البيع[١٥٠].

كذا، ينبغي التفرقة بين **الوعد المتبادل بالبيع والعقد الابتدائي**، وهو المحرر العرفي في بيوع العقارات في الفترة، قبل التسجيل، فهذا المحرر العرفي هو - في الحقيقة - عقد بيع نهائي - يرتب كافة الالتزامات على عاتق البائع، والمشتري. بيد أن نقل الملكية، يتراخى إلى حين القيام بإجراءات التسجيل طبقاً لإجراءات ينظمها قانون الشهر العقاري. بينما الوعد بالبيع، يقتصر على الزام الواعد بأن يعقد، عقد بيع، إذا طلب الطرف الآخر منه ذلك خلال مدة معينة[١٥١].

وجدير بالملاحظة، أن الوعد بالبيع، وهو كما رأينا - لا ينشئ آثار البيع في الحال، يحقق فوائد عملية عدة، فالتاجر، الذي يستأجر محلاً لمباشرة تجارته، يستطيع

---

(١٤٩) للأسباب التي ذكرناها - آنفا - الحاشية رقم... ونقض ٢٥/ ٥/ ١٩٧٢ - أحكام النقض - س ٢٣ - ص ١٠١٠ - الذي يؤكد أن الوعد المتبادل بالبيع والشراء، لا يعدو كونه بيعاً تاماً - وتترتب عليه - من ثم - كل الآثار التي تترتب على البيع.

(١٥٠) شكري سرور - البيع/ ١٩٩٧/ ص ١٠٤/ بند ٨٧ - وسليمان مرقس / ص ٩٣/ بند ٤٨ وماليري، وآينس / ص ٨٧/ بند ١١١ - ونقض ٧ يناير ١٩٨٢ - المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٨٢ - ص ١٠.

(١٥١) وتفاصيل أخرى في جمال النكاس العقود والاتفاقيات الممهدة للمتعاقد، وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد - مجلة الحقوق - مارس ١٩٦٦ - ع ١ - ص ١٤٠ من هذا الرأي سليمان مرقس/ ص ٩٥/ بند ٤١ - وغانم /ص ٩٠ - وشكري سرور/ ص ١٠٤/ بند ٨٧ - والشرقاوي/ ص٨٣ - وجستان وديشي/ ص١٦٢/ بند ١٥٠.

أن يحصل على وعد من المؤجر، ببيعه له إذا ازدهرت أعماله. وهذا الوعد بالبيع، يضمن له تحقيق مصلحته، دون أن يكون مضطراً لإبرام عقد بيع حال. وكذا، يمكن للوعد بالبيع أن يحقق فوائد أخرى، حتى ولو لم يكن مقترناً بالإيجار. فقد يرغب البائع ، والمشتري إبرام البيع في الحال، ويحول دون ذلك، عقبات إدارية، كالحصول على إذن بالبناء مثلاً على العقار محل العقد، فيكتفيا بتبادل الوعد بالبيع، وبالشراء. وقد يرغب المشتري في شراء عقار، إنما يحتاج إلى وقت للكشف عما قد يثقله من تكاليف عينية كرهن، أو امتياز، فيحصل على وعد بالبيع[١٥١م].

٢ - شروط الوعد بالبيع

٧٤ - الوعد بالبيع عقد لذا يلزم بداية أن تتوافر له الشروط العامة لانعقاد العقد. فضلاً عن تقنين المسائل الجوهرية لعقد البيع «المبيع - والثمن» وأن تحدد كذلك المدة التي يجب إبرام البيع فيها. وأخيرا - فقد أحال المشرع بالمادة ٧٢ إلى نص المادة ٦٩ من القانون المدني التي تقضي بدورها بأنه إذا استلزم القانون، أو الاتفاق شكلاً معينا لقيام العقد، وجبت مراعاة هذا الشكل في عقد الوعد به.

وأخذا من هذا النص، ينبغي أن يتوافر الشكل في المطلوب للوعد بالبيع - ونفصل - ما أجملناه - فيمايلي:

أ - توافر الشروط العامة لانعقاد العقد:

٧٥ - ويفهم من ذلك أن الوعد بالبيع، يقتضي بداية إيجاب وقبول متطابقين وأن يكون الإيجاب والقبول صادراً من ذي أهلية له، فضلا عن خلوه من عيوب الإرادة[١٥٢].

فإذا كان الوعد ملزما لجانب واحد «بالبيع، أو بالشراء» فينبغي أن تتوافر في الواعد الأهلية اللازمة لإبرام العقد الموعود به. وهو البيع، وهي أهلية الأعمال

(١٥١م) البدراوي/ بند ٨٨/ الشرقاوي/ ص٨١/ بند ٣١.
(١٥٢) وتفصيلاً ماليري، وآينبس ص ٨٧/ بند ١١١.

الدائرة بين النفع، والضرر، فلا يكون لعديم الأهلية مباشرة الوعد بالبيع. كذا، يجب توفر هذه الأهلية للواعد - وقت الوعد فإن لم تتوفر له الأهلية المطلوبة وقت الوعد - وتوفرت وقت إعلان الموعود رغبته في الشراء. لا ينعقد العقد.

- وعلى عكس ذلك، لا يشترط في الموعود له - وقت الوعد - سوى أهلية الاغتناء[١٥٣] إنما ينبغي أن تتوافر له أهلية الأعمال الدائرة بين النفع، والضرر وقت إعلان الرغبة - باعتبار أن إعلان الرغبة القبول يرتب جميع آثار البيع في مواجهته، وأخصها الالتزام بدفع الثمن، وهي لا يصح ممن كان عديم الأهلية.
- ولا يخفى بأن الوعد المتبادل بالبيع، وبالشراء، وهو يلزم الواعد، والموعود معاً بالتبادل[١٥٤] لا ينعقد الا إذا توافرت الأهلية اللازمة لإبرام التصرفات التي تدور بين النفع، والضرر فيهما وقت إبرام الوعد.
- كذا ينبغي أن تصدر إرادة الواعد - وقت الوعد - خالية من عيوب الرضا أما بالنسبة للموعود له، فينبغي خلو إرادته من العيوب منظوراً لها وقت الوعد، ووقت إبداء الرغبة بقبول الشراء.

ب - الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية:

٧٦ - فلا يكفي لانعقاد الوعد بالبيع، توافر الشروط اللازمة لانعقاد العقد - بل يلزم بصريح نص المادة ٧٢ الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية لعقد البيع[١٥٥] وهو شرط منطقي، طالما أن العقد النهائي، ينعقد لمجرد إظهار الموعود رغبة في الشراء، من دون حاجة إلى اتفاق جديد.

- ويقصد بالمسائل الجوهرية أركان البيع، وشروطه الأساسية التي يرى المتعاقدان

---

(١٥٣) المقصود، أهلية مباشرة الأعمال النافعة نفعاً محضاً، حيث يلتزم بشيء - السنهوري/ ص ٦٢ / بند ٢٧.

(١٥٤) شكري سرور /ص ١٠٧/ بند ٩٣ - جمال النكاس - مرجع سابق / ص ١٤١ هـ/ ٢.

(١٥٥) وتفصيلاً - سليمان مرقس / ص ١٠١/ بند ٥٢/ توفيق فرج/ عقد البيع والمقايضة ١٩٨٥ ص ٦٤/ بند ٣٩ - شكري سرور/ ص ١١٠٪ بند ٩٥.

الاتفاق عليها، والتي ما كان البيع ينعقد بدونها ومعنى ذلك أن المسائل الجوهرية لا تقتصر على المبيع، والثمن فقط، بل يلزم الاتفاق كذلك على الشروط الأخرى التي يرى المتعاقدان الاتفاق عليها خلاف المبيع، والثمن(١٥٦).

- فإذا لم تتطابق إرادة المتعاقدين على ذلك، لا ينعقد الوعد بالبيع، فإذا اقترنت الرغبة في التعاقد من جانب الموعود بما يعدل في الوعد بالنسبة للثمن مثلا(١٥٧) فلا ينعقد البيع، ما لم يقبل الواعد هذا التعديل، إذ يعتبر هذه الرغبة بمثابة إيجاب جديد، لا ينعقد به العقد إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر(١٥٨).

جـ - تحديد المدة، التي يجب إبرام البيع فيها:

٧٧ - لا يكفي لانعقاد الوعد بالبيع، أن تعين المسائل الجوهرية لعقد البيع، بل يلزم أخذاً من المادة ٧٢ مدني - الاتفاق على المدة التي يكون للموعود له أن يبدي رغبته خلالها، فإذا لم يقنن المدة التي يبرم فيها العقد الموعود به فإن العقد، لا ينعقد، غير أن الاتفاق على المدة المذكورة، لا يشترط أن يكون صريحاً. بل يجوز أن يكون ضمنياً للمحكمة، أن تستخلصه من ظروف الاتفاق على الوعد فإذا ثبت للقاضي بأن الطرفين، قصدا تحديد الوعد بمدة، ومع ذلك لم يستطع تبين هذه المدة جاز له - عندئذ - في نظر البعض - «أن يعتبرهما قد اتفقا على المدة المعقولة، وثبت له حق تحديد هذه المدة(١٥٩)».

---

(١٥٦) قرب شكري سرور - مرجع سابق / موضع سابق - ونقض ٢٧/٢/١٩٨٠ - أحكام النقض س ٣١ - ص ٦١٨ - وكذا، جمال النكاس مرجع سابق/ ص ١٤٢

(١٥٧) مثلا - نقض ٢٧/٢/١٩٨٠ - سابق الاشارة - وفي حكم ١٣/٤/١٩٨٨ شعله - ص ٧٣ - اكتفت المحكمة، بأنه يشترط الانعقاد الوعد بالبيع، اتفاق الواعد، والموعود على جميع المسائل الجوهرية للمبيع الموعود به.

(١٥٨) على ما حكم به في نقض ١٦/١٢/١٩٦٥ - أحكام النقض س ١٦ - ص ١٢٩ - وأشار إليه، توفيق فرج/ ص ٦٦/ الحاشية (٤) ونشر ملخصاً في شعله - ص ٧٢/ رقم ٩١.

(١٥٩) سليمان مرقس / ص ١٠٢/ بند ٥٢ - وأشير إليه في شكري سرور ص ١١٢/ بند ٩٧.

د - توافر الشكل:

٧٨ - القاعدة، أن القانون، أو الاتفاق وإلا كان الوعد باطلاً، بطلاناً مطلقاً والقول بغير ذلك، يعني التهرب من الشكل الذي رسمه القانون للعقد الموعود به إذا استلزم شكلاً معيناً لقيام العقد، وحيث مراعاة هذا الشكل في عقد الوعد به. . ولما كان الأصل في عقد البيع الذي يمهد الوعد لإبرامه عقداً رضائيا. فإن الشكلية في الوعد بالبيع لا تجد سوى فرصة نادرة للتطبيق. كما هو الحال مثلاً، بصدد بيع السفينة، الذي يلزم أن يكون الوعد به شكليا طالما أن بيع السفينة نفسه عقد شكلي وإلا كان باطلاً.

ثانياً: آثار الوعد بالبيع

٧٩ - إذا توافرت الشرائط السابقة، انعقد الوعد بالبيع صحيحا، ورتب - تبعا لذلك - آثاره التي تختلف بطبيعة الحال في الفترة ما قبل استعمال الموعود، حقه في قبول الشراء عنها في المرحلة التالية لإبداء الرغبة في الشراء. على التفصيل الآتي بيانه:

١ - آثار الوعد في المرحلة السابقة على إبداء الموعود رغبته:

٨٠ - ينشئ الوعد بالبيع - كما قدمنا - **في ذمة الواعد التزاماً بإبرام البيع الموعود به** إذا أظهر الموعود رغبة في الشراء خلال المدة المتفق عليها. وبذا فإن الواعد يظل ملتزماً بوعده - طيلة المدة المتفق عليها. فلا يستطيع النكول عن وعده، إلى حين إبداء الموعود رغبته في الشراء، أو تنازله عن هذا الحق، وإلى، حين إبداء الموعود رغبة في الشراء، تظل ملكية المبيع على الواعد بما يترتب على ذلك من نتائج أهمها: أن ثمار المبيع «الموعود ببيعه» ونماؤه، تكون للواعد.

كذا، يكون للواعد أن يتصرف في الموعود به إلى أي شخص آخر، ويكون تصرفه صحيحاً، ونافذاً في حق الموعود له. وإن أجيز مع ذلك - لهذا الأخير - الطعن في التصرف المذكور، بالدعوى البوليصية إذا توافرت الشرائط الأخرى[١٦٠].

---

(١٦٠) السنهوري / ص ٦١/ بند ٢٧ - سليمان مرقس / ص ١٩/ بند ٥٣ - الأهواني / ص١٤٧/ بند ٢٠٤.

- وأخيراً، إذا هلك الموعود ببيعه بقوة قاهرة هلاكاً كلياً، انقضى التزام الواعد، وانقضى تبعاً له حق الموعود له في التمسك بالوعد، وقبول الشراء.

- فإن كان الهلاك جزئياً، لم ينقض التزام الواعد، وجاز للموعود استعمال حقه في شراء الباقي دون هلاك[١٦١]. أما بالنسبة للموعود، فلا يرتب الوعد في جانبه سوى حق شخصي، قبل الشيء المبيع، فلا تكون له ملكيته، ويتفرع عن ذلك نتائج أهمها أنه يجوز للموعود له - فيما قبل إعلان الرغبة بطبيعة الحال - أن يتصرف للغير في حقه الشخصي، ويعتبر هذا حوالة حق، يخضع لأحكامها، وأهمها قبول الواعد الحوالة، أو إعلانه بها، فإذا تبين أن شخص الموعود له كان محل اعتبار في عقد الوعد بالبيع، لا يكتفى عندئذ بإعلان الواعد، بل يلزم قبوله[١٦٢].

كذا، ينتقل حق الموعود - بوصفه حقاً شخصياً إلى ورثته - بطريق الميراث أخذاً من نص م ٢٠٢ مدني.

٢ - المرحلة التالية لابداء الرغبة:

٨١ - إذا استعمل الموعود له حقه في قبول الشراء في أي وقت من المدة المتفق عليها في الوعد، انعقد العقد، دون حاجة إلى رضاء جديد من جانب الواعد. فالوعد، يتحول إلى بيع تام، لمجرد إبداء الموعود رغبته في قبول الشراء. ويمكن أن يكون قبول الموعود له صريحاً، أو ضمنيا، فلم يشترط المشرع شكلاً معينا للقبول، إنما يجب أن يكون مطابقاً لإرادة الواعد. ولا يعتبر البيع منعقداً، إلا من تاريخ إبداء الرغبة.

- أما إذا انقضت مدة الوعد دون أن يبدي الموعود رغبته في الشراء أو يكون حقه، سقط قبل انقضاء المدة، ومن ذلك مثلا أن يعدل الموعود بالبيع عن الشراء، بطلبه من الواعد، أن يؤجره العين المتعاقد بينهما على بيعها.. ففي

---

(١٦١) وذلك بالثمن المذكور في الوعد - سليمان مرقس / ص ١٠٧.
(١٦٢) وتفصيلاً سليمان مرقس/ مرجع سابق/ موضع سابق.

هذا الفرض، يعتبر الوعد كأن لم يكن، وبذا، لا يكون للموعود أي حق شخصي قبل الواعد، ويصبح الأخير حراً في التصرف في الموعود به.

- الوعد بالتفضيل Promess de Prèferenc

٨٢ - على أن الوعد بالبيع قد يأخذ صورة خاصة، هي الوعد بالتفضيل، أو مشارطة Pacte التفضيل على حد تعبير الفقه الفرنسي وفي هذه الصورة، يعد شخص، آخر، بأن يفضله في شراء الشيء الموعود به على أي مشتر آخر، إذا ما قرر بيع هذا الشيء خلال مدة معينة. وقبل الموعود بدفع الثمن الذي ارتضى الغير أن يشتري به هذا الشيء «الموعود بتفضيله فيه»[(١٦٣)].

- وعلى ذلك، فإن الواعد، لا يلتزم بالبيع في مواجهة شخص آخر، كما هو الحال في الوعد بالبيع، وإنما يلتزم فقط إذا رغب باختياره في البيع، بأن يفضل شخص آخر بالشراء، إنما بنفس الثمن الذي يرتضيه الغير أن يشتري المال الموعود تفضيله فيه، وبعبارة أخرى، فبينما يلتزم الواعد في الوعد بالبيع، في مواجهة شخص آخر، فإنه لا يلتزم في الوعد بالتفضيل إلا بعرض البيع على شخص آخر، إذا رغب هو في البيع[(١٦٤)].

كذا يختلف الوعد بالتفصيل عن الوعد بالبيع، في أن شخصية الموعود في الأول، تكون محل اعتبار في التعاقد. فلا يجوز - تبعا لذلك - للدائن في الوعد بالتفضيل، النزول عن حقه بدون رضاء الواعد[(١٦٥)] بينما لايكون لشخص الموعود - في الوعد بالبيع - شأنه في ذلك شأن عقد البيع أي اعتبار في التعاقد.

---

(١٦٣) سليمان مرقس ص١١٢ بند ٥٨/ اسماعيل غانم ص٨٣ شكري سرور ص ١٣١/ بند ١١٣ تناغو ص ٥١ والمؤلف - نحو نظرية عامة في صياغة العقود - دراسة للمرحلتين السابقة، واللاحقة على إبرام العقد - تحت الطبع - والشرقاوي ص ٨٩ بند ٣٣ جستان، وديشي ص ١٩٠ بند ١٦٨.

(١٦٤) جستان، وديشي مرجع سابق / موضع سابق - ومالير وآنيس ص ١٠٧ بند ١٤٣.

(١٦٥) سليمان مرقس (مرجع سابق) موضع سابق - وآراء أخرى في المؤلف - نحو نظرية عامة في صياغة العقود - دراسة للمرحلتين السابقة، واللاحقة على إبرام العقد - تحت الطبع.

وأخيرا، فإن حق الموعود في الوعد بالبيع، ينشأ باتاً - كما قدمنا - منذ إبرام الوعد. أما في الوعد بالتفضيل، فإن حق الموعود تفضيله لا ينشأ إلا معلقا على شرط واقف، هو أن يرغب الواعد في البيع.

٨٣ - وفيما عدا ذلك، فإن الوعد بالتفضيل، يرتب نفس آثار الوعد بالبيع، في الفترة السابقة على قبول الموعود الشراء. وتفريعاً على ذلك:

- فلا يكتسب الأخير، إلا حقاً شخصياً في مواجهة الواعد وهو - كما قدمنا - حق معلق على شرط واقف. ويظل الواعد مالكا للمال محل، الوعد بالتفضيل بما يترتب عليه من نتائج، أهمها حق الواعد في مباشرة سلطات المالك على المال المذكور، وخاصة حقه في التصرف فيه، وإذا هلك الشيء، أثناء مدة الوعد، بالتفضيل، يهلك على الواعد أي مالكه وإجمالا فإن كل ما يترتب على الوعد بالتفضيل من أثر - أثناء مدة الوعد لا تختلف عن آثار الوعد بالبيع، فيما عدا. الالتزام بعرض البيع على الشخص الآخر، إذا رغب في البيع،(١٦٦)
- كذا يرتب الوعد بالتفضيل نفس آثار الوعد بالبيع في الفترة التالية لقبول الموعود، وأهمها التزام الواعد بعرض البيع على شخص معين بالذات إذا أبدى الأخير رغبة في الشراء. بحيث تنتقل الملكية بمجرد إبداء هذه الرغبة.
- وأخيرا فإن الوعد بالتفضيل، كالوعد بالبيع، لا ينعقد إلا بالاتفاق على جميع المسائل الجوهرية في العقد المراد إبرامه، وأهمها المبيع، والثمن، وكذا، ينبغي تحديد مدة الوعد بالتفضيل(١٦٧).

---

(١٦٦) السنهوري / بند ٣٢ - ويعده - تناغو ص ٥١ بند ١٢ - وجستان وديشي - ص ١٩١.

(١٦٧) ويعتبر البعض - في الفقه الفرنسي - ربما لوجود نص خاص - بأن الوعد بالتفصيل، وعد بالبيع معلق على شرط واقف - من ذلك مثلا كولار (وديلبك) في العقود السابقة على بيع العقارات - طبعة سيرى - ١٩٨٨ - رقم ٨٨.

ويرتب الوعد بالتفضيل حقاً شخصيا للمستفيد في مواجهة الواعد، ولا يرتب له حقاً عينياً على المال محل مشارطة التفضيل - في نظر النقض الفرنسية - مثلا ١٦ يوليه ١٩٨٥ - بلتان مدني - ١ - رقم ٢٢٤ - وانظر ملاحظات - جوتييه - في المجلة الفصلية للقانون المدني/ ١٩٩٧/ ص٦٨٥/ رقم(١).

الفرع الثاني
البيع بالعينة Vente Sur echantillon

نص قانوني:

٨٤ - عالجت م ٤٥٧ من القانون المدني، حالة البيع على أساس نموذج أو عينة يتفق عليها المتبايعان. بقولها، إذا كان البيع بالعينة، انعقد البيع على مبيع مطابق لها، فإن تلفت العينة، أو هلكت في يد أحد المتعاقدين، كان عليه إثبات المطابقة، أو المغايرة، ولو كان التلف أو الهلاك بغير خطئه(١٦٨).

وسوف نعرض فيما يلي تباعاً لمعنى البيع بالعينة، وتلف، أو هلاك العينة، ثم طبيعة البيع بالعينة.

أولاً - معنى، البيع بالعينة:

٨٥ - عرض المشرع الكويتي للبيع بالعينة في م ٤٥٧ مدني، مباشرة، بعد نص المادة ٤٥٦ مدني التي عرضت لوجوب علم المشتري بالمبيع علماً كافياً بما يؤكد، الاختلاف بين المسألتين(١٦٨م). ويوضح النص صراحة بأن البيع الذي يتم على أساس نموذج أو عينة يتفق عليها البائع والمشتري، يجب أن يكون كله مطابقاً لهذه العينة أو النموذج، وإلا جاز للمشتري - عند تسلم المبيع، أن يرفضه كله، أو أي جزء منه. وبذا، يقع على عاتق البائع، إذا كان البيع بالعينة أن يسلم المشتري شيئاً مطابقاً لها. فإذا خالف التزامه، جاز للمشتري - إعمالاً للقواعد العامة - المطالبة بالتنفيذ العيني، بإجبار البائع على تقديم ما يطابق العينة. كما يمكنه أخذاً من نص المادة ٢٨٥ من القانون المدني، أن يحصل على شيء مطابق للعينة على نفقة البائع، بعد استئذان القاضي، أو بدون استئذانه في حالة

---

(١٦٨) والمذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة ٤٥٧ مدني - وفي القانون المصري، السنهوري / بند ١٢٤ - والبدراوي / ص ٧١ / بند ٤٠ - وشكري سرور / ص ١٧٤ / بند ١٦٠.

(١٦٨م) وانظر، السنهوري / بند١٢٥ والبدراوي / ص١٦١/ بند ١٠٨ وعندهما أن العينة وسيلة لتعيين المبيع.

الاستعجال كذا، يكون للمشتري طلب فسخ البيع، أو طلب إنقاص الثمن إذا كانت قيمة المبيع أقل من قيمة ما يطابق العينة. وكل ذلك، مع عدم الإخلال بحق المشتري في التعويض إن كان له مقتضٍ.

- إنما يجب - لتطبيق الأحكام السابقة - أن يكون عدم المطابقة جوهرياً، أو ظاهرياً، فإذا وجد اختلاف طفيف بين العينة، والبضاعة المسلمة، فليس في ذلك ما ينفي المطابقة. ويكون لمحكمة الموضوع، عدم الاعتداد بهذا الفرق بوصفه فرقا لا يؤبه له، ولا يؤثر على اعتبار البضاعة مطابقة للعينة(١٦٩).

- أما إذا كان عدم المطابقة جوهرياً، أو ظاهراً بين العينة، والبضاعة المسلّمة فإن ذمة البائع لا تبرأ إلا إذا قدم بضاعة تطابق العينة التي جرى التعاقد عليها. فمن الخطأ القول، بأنه إذا امتنع على البائع أن يحصل على بضاعة من العينة المتعاقد عليها، كان عليه أن يورد ما يستطيع الحصول عليه. فإن كان دون العينة، جودة، أو نقاوة، التزم بفروق الثمن لمصلحة المشتري(١٧٠).

- ويلاحظ، بأن حق المشتري في تسلم مبيع يطابق العينة، أو النموذج يختلف - كما أسلفنا - عن حق المشتري، إذا لم يعلم بالمبيع علماً كافيا. فالمبيع في البيع بالعينة، يغير معلوماً للمشتري علماً كافياً بمجرد إطلاعه على النموذج أو العينة.

وعلى ذلك، فعدم التزام البائع بتسليم أشياء تطابق العينة، لا يعني أن المشتري لم يعلم بالمبيع علماً كافياً، وبذا، لا يجوز له التمسك بأحكام المادة ٤٥٦ من القانون المدني للمطالبة بإبطال البيع على أساس عدم العلم الكافي بالمبيع. وإنما يكون له - كما قدمنا - المطالبة بالتنفيذ العيني، أو فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضٍ.

وعلى عكس ذلك، إذا سلم البائع المبيع مطابقاً للنموذج أو العينة، لا يكون

---

(١٦٩) نقض ١٩٥٩/١١/١٢ - مجموعة شعلة - ٢٤٥ - رقم
(١٧٠) نقض ١٩٤٨/١٢/٩ - مجموعة عمر - ٥ - ص ٦٧٩.

للمشتري رفض التسلم بدعوى أن المبيع ليس جيداً مثلاً أو من درجة أدنى من المألوف. فالالتزام الواقع على عاتق البائع في البيع بالعينة يقتصر على تسليم مبيع مطابق. ولا يعدو ذلك، في نظرنا، سوى تطبيق لقاعدة، أعم، وأشمل، تقضي بإلزام البائع بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد(١٧١).

- ولا يكون للمشتري - بافتراض مطابقة المبيع للنموذج أو العينة - الرجوع على البائع. اللهم، إلا على أساس وجود عيب خفي. وفرق - على ما سنرى - بين الرجوع على أساس عدم المطابقة للعينة، والعيوب الخفية بالمبيع.

- وجدير بالملاحظة، أن تقدير وجود المطابقة المبيع للعينة، أو عدمها مسألة موضوعية، يترك تقديرها لمحكمة الموضوع، فإذا قامت محكمة الموضوع بفحص العينة وأجرت مقارنة بينها وبين البضاعة المبيعة. فأسفر بحثها عن مطابقة البضاعة للعينة في خصائصها التي رأت أن المتعاقدين قصداها، فليس في استظهارها في هذا المقام وجود اختلاف طفيف بين العينة، والبضاعة ما ينفي المطابقة، طالما أنها رأت بما لها من سلطة التقدير عدم الاعتداد بهذه الفروق الطفيفة(١٧٢).

ثانياً - تلف، أو هلاك العينة:

٨٦ - عرضت المادة ٤٥٧ مدني في فقرتها الثانية، لحكم هذه الحالة، بنصها على أنه إذا تلفت العينة، أو هلكت في يد أحد المتعاقدين، كان عليه إثبات المطابقة، أو المغايرة، ولو كان التلف، أو الهلاك بغير خطئه.

إذا تلفت العينة، أو هلكت، في يد المشتري - كما هو الغالب في هذا النوع من البيوع - وادعى مع ذلك بأن المبيع غير مطابق للنموذج أو العينة، كان عليه هو، إثبات ذلك. سواء كان التلف أو الهلاك بخطأ منه، أو لقوة قاهرة. وهو حكم

---

(١٧١) لاحقاً - بند ١٧٨.

(١٧٢) نقض ١٢/١١/١٩٦٩ - أحكام النقض س ١٠ - ص ٦٥٩.

منطقي، فالبائع لايد له في تلف أو هلاك العينة، حتى يثبت المشتري عكس ذلك. ويكون الإثبات لواقعة مادية - بجميع الوسائل بما فيها البينة.

- وبعكس ذلك، إذا كانت العينة، في يد البائع، وهلكت، أو تلفت، ولو بغير خطأ منه، لقوة قاهرة مثلاً، وادعى المشتري بأن المبيع غير مطابق للعينة، فعلى البائع إثبات العكس، أي المطابقة(١٧٣).

- ومن جهة أخرى - قد يثور النزاع، ليس على مدى مطابقة المبيع العينة وإنما على ذاتية l'identité العينة المتفق عليها. فبينما يدعي الطرف أن الشيء المقدم للمطابقة عليه هو ذات العينة المتفق عليها.. يدعي طرف آخر أن العينة المتفق عليها كانت شيئاً آخر. وبذا، فإن التساؤل يثور بصدد من يقع عليه عبء إثبات ذاتية العينة؟ ونبادر، بأن التشريع الكويتي، كنظيره المصري، لم يتعرض لهذه المسألة، تاركاً حكمها - بالتالي - للقواعد العامة في الإثبات. وبذا، فإن المشتري، إذا كان محتفظاً بالنموذج أو العينة - كما هو الغالب - فإن ما يقدمه يعتبر ذات العينة المتفق عليها. وعلى البائع ، إذا ادعى بعكس ذلك إثباته(١٧٤).

ثالثاً - تكييف البيع بالعينة:

٨٧ - الواقع أن البيع بالعينة، بيع بات، وما العينة أو النموذج إلا طريقة لتعيين محل البيع وعليه فإن مطابقة المبيع للعينة لا يعتبر شراطاً واقفاً، ولا فاسخاً يعلق عليه التراضي. وهو ما يتضح - خصوصاً من نص المادة ٤٥٧ من القانون المدني... «إذا كان البيع بالعينة، انعقد البيع على مبيع مطابق لها... والمعنى التزام البائع بتسليم مبيع مطابق للعينة. بحيث لا يكون للمشتري - بعد ذلك - الرجوع على البائع، إلا على أساس دعوى العيب الخفي، إذا تحققت شرائطها.

(١٧٣) في هذا المعنى - المادة ٢/٣٧٨ من قانون التجارة - والمذكرة الإيضاحية - ص ٣٦٧.
(١٧٤) من هذا الرأي - السنهوري مرجع سابق بند ١٢٧ - البدراوي / ص ٨١ - وعكس ذلك سليمان مرقس/ ص ١٥١ - وفي عرض المشكلة - محمد شكري سرور - شرح أحكام عقد البيع ١٩٩٧ - ص ١٨٠/ بند ١٦٩.

الفرع الثالث
البيع بشرط التجربة، أو بشرط المذاق

٨٨ - عرضت المادة ٤٥٨ من القانون المدني، لحالتي البيع بشرط التجربة، والبيع بشرط المذاق، دون تفرقة بينهما، لأن المذاق، في الحقيقة صورة من صور التجربة. وجاء هذا النص خصوصاً، بعكس النص الوارد بقانون التجارة[١٧٥] الذي غاير بين نوعي البيع، فجعل لبيع المذاق حكماً يغاير حكم البيع بشرط التجربة[١٧٦].

- وسوف نعرض بداية للتعريف بالبيع بشرط التجربة، أو المذاق - ثم حكم هذا البيع.

أولاً - ماهية البيع بشرط التجربة، أو المذاق:

٨٩ - البيع بشرط التجربة Vente à l'essai أو المذاق La degustation، بيع يحتفظ فيه المشتري، بخيار تجربة المبيع، أو تذوقه، ليقرر، بعدها، ما إذا كان يروق له أم لا، وذلك خلال مدة معلومة، وبذا، ورد نص المادة ٤٥٨ مدني، بأنه يجوز اشتراط التجربة، أو المذاق، في مدة معلومة لقبول البيع أو رفضه.

وإذا كان التقنين المدني، بخلاف التقنين التجاري، قد جمع في الحكم بين البيع بشرط التجربة، أو المذاق. اعتباراً بأنه ليس ثمة ضرورة للمباعدة بين البيعين. إلا أن الأول يقع دائماً على أشياء مفرزة - أي معينة بذاتها لأن المبيع يسلم إلى المشتري قبل أن ينعقد البيع بشكل بات، حتى يتمكن من تجربة المبيع. بينما البيع بالمذاق، يقع في الغالب على المواد الغذائية، كالزيوت، والخل.. وغيره وفيما عدا ذلك لا يوجد اختلاف بين البيعين.

---

(١٧٥) وقد قدمنا بأن البيع التجاري أوسع نطاقاً من البيع المدني، فالأول ينطبق على العمل التجاري وكذا على العمل المختلط، الذي يعتبر تجارياً بالنسبة لطرف، ومدنياً بالنسبة للطرف الآخر بحيث تسري أحكام قانون التجارة على التزامات المتعاقد الآخر الناشئة عن هذا العقد - انظر - سابقاً - بند٧.

(١٧٦) وهو المذهب، الذي عليه القانون المدني المصري - المادتان ٤٢١-٤٢٢ مدني.

وعلى أية حال، فإن بيع التجربة كالمذاق، يحقق مزايا للمشتري الذي لا يجد نفسه مرتبطاً نهائياً بالعقد إلا بعد أن يتأكد من موافقة المبيع للغرض الذي أعد له، ليس فقط بحسب طبيعته، وإنما بالنظر إلى المشتري نفسه.

- والأصل، أن ينص على شرط التجربة، أو المذاق. لقبول البيع، أو رفضه صراحة. ومثال ذلك ما يقع عادة في بيوع المركبات المستعملة(١٧٧) وقد يستفاد الشرط ضمناً، وذلك بالنسبة للبيوع التي جرى العمل، أو العرف، أو العادات على ضرورة تجربة المبيع فيها قبل إبرام العقد، كما هو الشأن في الأجهزة السمعية، والبصرية، والملابس الجاهزة، وغيرها.

ثانياً - حكم البيع بالمذاق أو التجربة:

٨٩ مكرراً - وأياً ما كان الأمر، فسواء ورد شرط التجربة، أو المذاق صريحاً، أو ضمنياً فهو يفترض أننا بصدد عقد بيع معلق على شرط واقف، هو قبول المبيع من جانب المشتري. ويصح مع ذلك أن يكون معلقاً على شرط فاسخ، إذا اتفق على ذلك صراحة، أو ضمناً. وفي الحالة الأولى لا تترتب آثار البيع إلا إذا تحقق الشرط، أما في الحالة الثانية، فتترتب آثار البيع من تاريخ إبرام العقد.

ثالثاً - مدة التجربة، أو المذاق:

٩٠ - يبين من نص م٤٥٨ مدني، أن اشتراط التجربة، أو المذاق يكون في مدة معلومة لقبول البيع أو رفضه دون تحديد لمداها. وإذا سكت المتبايعان عند إبرام البيع عن تحديد مدة، حملت على المدة المعتادة التي يترك تقديرها لقاضي الموضوع، وفق ظروف الحال، وعرف الجهة، وطبيعة المعاملة(١٧٨).

- أما إذا انقضت المدة، دون أن يعلن المشتري رفضه للبيع، مع تمكنه من التجربة، أو المذاق. اعتبر ذلك بمثابة سكوت ملابس، أي قبولاً للبيع. وفي كل

---

(١٧٧) الأهواني / ص١٠٢.

(١٧٨) المذكرة الإيضاحية تعليقاً على نص م٤٥٨ مدني - ص٣٦٧.

الحالات لا ينعقد البيع بشرط التجربة، أو المذاق إلا من وقت قبوله البيع صراحة، أو دلالة. وإنما يثور التساؤل - بصدد ما إذا كانت سلطة المشتري في القبول أو الرفض مطلقة، بحيث لا يكون للبائع مناقضته في نتيجة التجربة، أو المذاق؟ أم على العكس، فإنها سلطة مقيدة بحيث تخول البائع إقامة الدليل على أن التجربة إثبتت صلاحية المبيع للغرض الذي أفصح المشتري عنه، وبذا لا يكون لمشتري رفض المبيع؟ الواقع أن البيع بشرط التجربة، أو المذاق، من المسائل التي تختلط فيها العناصر الشخصية «كذوق المشتري، ومزاجه الشخصي، وثقافته» بالعناصر الموضوعية، كصلاحية المبيع، وجودته - والأولى، تغلب الثانية، وعليه يكون حق المشتري مطلقاً في قبول المبيع أو رفضه[١٧٨م].

(١٧٨م) والسنهوري/ بند ٦٦ - والبدراوي/ ص١٦٧ - هـ(٤).

الفصل الثاني

المبيع، والثمن

- المبحث الأول: المبيع
- المبحث الثاني: الثمن

الفصل الثاني
المبيع، والثمن

تمهيد، وتقسيم:

٩١ - ذكرنا أن التراضي في عقد البيع، يلزم أن يتعلق بالمبيع، والثمن - وسوف نتناول أحكام المبيع - في مبحث أول - والثمن في مبحث ثان.

المبحث الأول: المبيع Res

إحالة:

٩٢ - المبيع، كما قدمنا، محل التزام البائع. وقد يكون حق ملكية أو حقاً مالياً آخر فالمادة ٤٥٤ مدني صريحة في أن البيع عقد على تمليك شيء أو نقل حق مالي آخر، لقاء عوض نقدي. وإعمالاً للقواعد العامة، يجب أن يكون محل العقد موجوداً، إذا كان شيئاً أي محلاً لالتزام بنقل حق عيني، أو ممكناً إذا كان عملاً، أو امتناعاً عن عمل - وأن يكون معيناً، أو قابلاً للتعيين - وأن يكون قابلاً للتعامل فيه. ولا يخفى أن هذه المبادىء، تنطبق على البيع، كغيره من العقود، والحديث عنها بمثابة ترديد لأحكام القواعد العامة لمحل العقد فيما سبق دراسته في مؤلفات النظرية العامة للالتزامات. ونحيل بشأنها إلى نصوص المواد ١٦٧ من القانون المدني، وما بعدها.

- العلم الكافي بالمبيع:

٩٣ - وقد خص المشرع الكويتي كنظيره المصري عقد البيع بأحكام خاصة بتعيين المبيع. فأوجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً - م٤٥٦ مدني[١٧٩].

---

(١٧٩) وكانت مجلة الأحكام العدلية تشترط كذلك لصحة البيع، أن يكون المشتري على علم كاف بالمبيع. ويعتبر كذلك، ببيان أحواله، وصفاته التي تميزه عن غيره. فإن كان المبيع مجهولاً، فإن البيع يكون فاسداً. وانظر تمييز ٥/٢/١٩٨٨ - مجلة القضاء والقانون - مرجع سابق - ص٣٥٧ - رقم ١٠٤ في بيع، تم في ظل مجلة الأحكام العدلية - وانظر م٢٠٠ وما بعدها من المجلة. والمذكرة الإيضاحية، تعليقاً على نص م٤٥٦ مدني - ص٣٦٥.

وهو نفس الحكم الوارد بالمادة ٣٧٦ من قانون التجارة(١٨٠) الكويتي.

٩٣ مكرراً - وسوف نعرض بداية لمعنى، العلم الكافي بالمبيع، وحالاته، والجزاء المترتب على عدم العلم الكافي بالمبيع، والفرق بينه، وبين غيره من الأنظمة القانونية التي قد تتشابه معه، أو تختلط به على النحو التالي.

أولاً - المقصود بالعلم الكافي بالمبيع:

٩٤ - تستلزم القواعد العامة، أن يكون العقد معيناً تعييناً كافياً. سواء بذاته، أو بنوعه فقط، إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. ولم يكتف المشرع الكويتي، كنظيره المصري بالقواعد العامة لتعيين المبيع وإنما أضاف فضلاً عن ذلك، وجوب علم المشتري، علماً كافياً بالمبيع.

كما أجاز للأخير الحق في طلب إبطال البيع، إذا تخلف العلم الكافي بالمبيع. واستمد هذا الحكم - خصوصاً - من خيار الرؤية، في فقه الشريعة الإسلامية. إلا أنه لم يأخذ هذه الأحكام على إطلاقها. بل عدل فيها توفيقاً بينها، وبين المبادىء العامة للقانون المدني، خصوصاً المتعلقة بمحل العقد. فخيار الرؤية يثبت في البيع، ما دام المشتري لم ير المبيع ولا يغني عن الرؤية، أن يتضمن العقد وصف المبيع وصفاً كافياً بينما الوصف يغني عن الرؤية، إعمالاً لقواعد العلم الكافي بالمبيع. كما أن الجزاء في خيار الرؤية، حق المشتري الرجوع عن الشراء. بينما جزاء عدم العلم الكافي بالمبيع، حق المشتري في طلب الإبطال(١٨١) وفرق بين الرجوع عن الشراء، وإبطال العقد.

ثانياً - حالات العلم الكافي بالمبيع:

٩٥ - أخذاً من نص م٤٥٦ من القانون المدني، يعتبر علماً كافياً بالمبيع اشتمال العقد على بيان أوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه، وإذا ذكر في العقد، أن المشتري عالم بالمبيع لا يكون له طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به، إلا إذا أثبت تدليس البائع.

---

(١٨٠) وكذا، المادة ٤١٩ مدني مصري - وانظر، الشرقاوي/ ص٤٣/ بند ١٨.

(١٨١) وإن كانت بعض الروايات في الفقه الحنفي تمنع هذا الخيار - فيما ذكره - محمد سلام مدكور - الفقه الإسلامي/ ١٩٥٤/ بند ٤٧٤. وانظر، السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - جـ٤ - ص٢٤٨ - والوسيط / ص١١٧.

وإذا تسلم المشتري المبيع، ولم يعترض عليه خلال فترة معقولة اعتبر ذلك قبولاً منه.

ويبين من النص المذكور، أن المشتري يكون على علم كاف بالمبيع، ولا يكون له بالتالي طلب إبطال البيع لعدم العلم في الحالات الآتية:

١ - رؤية المبيع، أو معاينته:

٩٦ - فالأصل، في العلم إذن أن يكون برؤية المبيع ذاتياً، أو معاينته. والمعاينة بدورها قرينة على العلم الكافي بالمبيع. وقد تكون المعاينة قبل البيع، أو وقت إبرام العقد.

فإذا كانت المعاينة قبل البيع، فلا تنفي الجهالة بالمبيع، إلا إذا كان المبيع ذاته لم يتغير منذ المعاينة، وكان المشتري قد قصد نفس الشيء الذي رآه[١٨٢].

أما المعاينة اللاحقة على إبرام العقد، فلا تنفي الجهالة بالمبيع، لأن شرط العلم الكافي، يجب - كما ذكرنا - أن يتوافر وقت إبرام العقد.

٢ - بيان أوصاف المبيع الأساسية:

٩٧ - كذا، يعتبر علماً كافياً بالمبيع، يقوم مقام الرؤية، أو المعاينة، اشتمال العقد على بيان أوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه. والمقصود الأوصاف التي تقوم مقام رؤية المبيع، كذكر مساحة الأرض، وعدد الطبقات، وسائر الأوصاف التي من شأنها إعطاء المشتري فكرة تامة، في بيع المنزل مثلاً - أو تحديد نوع السيارة، وماركتها، وسنة الصنع، وقوة الموتور ومدة الضمان في بيوع السيارات.

- أما إذا لم يعين المبيع أساساً انعدم المحل، وبطل العقد لذلك بطلاناً مطلقاً.

٣ - إقرار المشتري علمه بالمبيع:

٩٨ - ومعنى ذلك، أن المشتري، لو ذكر أنه عالم بالمبيع، أو أنه سبق أن

---

(١٨٢) الأهواني / ص٨٨ بند ١٢٣ - تناغو / ص٦٨ / بند ١٦ - السنهوري / ص١٤٣.

رآه. اعتد بإقراره. ولم يجز له - بعد ذلك - الطعن في العقد بدعوى عدم العلم بالمبيع، أو عدم رؤيته. وعلى هذا، ورد نص الفقرة الثالثة من المادة ٤٥٦ مدني على أنه.. وإذا ذكر في العقد أن المشتري عالم بالمبيع لا يكون له طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به. ولكن الفقرة المذكورة أضافت، إلا إذا ثبت تدليس البائع. والمقصود بذلك تدليس البائع في خصوص علم المشتري. بمعنى أنه، إذا كان البائع مثلاً قد أطلع المشتري على شيء، أوهمه أنه هو المبيع. أو أوهمه، أن الشيء الذي سبق له رؤيته أو معاينته هو المبيع ذاته. ثم اتضح خلاف ذلك. كان للمشتري طلب إبطال البيع لعدم العلم الكافي بالمبيع، إذا أثبت التدليس بطبيعة الحال[١٨٣] فضلاً عن حقه في طلب التعويض للتدليس. وترفع دعوى التعويض - في هذا الفرض إعمالاً لأحكام المسؤولية التقصيرية، لا التعاقدية.

٤ - تسلم المشتري للمبيع، وعدم الاعتراض عليه خلال فترة معقولة:

٩٩ - وقد نصت الفقرة الأخيرة، من المادة المذكورة على هذه الحالة[١٨٤] وإن كان من الممكن الأخذ بها إعمالاً للقواعد العامة. ويلاحظ أن هذه الحالة تستلزم بداية، تسلم المشتري للمبيع. والمقصود - بطبيعة الحال - التسلم الفعلي الذي يمكن من فحص المبيع، والعلم به علماً كافياً. فلا يغني عنه التسلم الحكمي. كما يلزم - كذلك - عدم اعتراض المشتري مدة معقولة يمكنه خلالها الوقوف على حالة المبيع. فإذا تحقق ذلك، اعتبر راضياً بالمبيع.

وقد أراد المشرع بالنص على هذه الحالة، العمل على استقرار العلاقة التعاقدية. وألا يظل مصير البيع معلقاً مدة أكثر من اللازم يمكن المشتري خلالها المطالبة بالإبطال لعدم العلم الكافي، برغم تسلمه المبيع فعلاً.

---

(١٨٣) البدراوي - ص٧٣ - الشرقاوي/ ص٤٩/ بند ١٨ - تناغو/ ص٦٩.
(١٨٤) وهذه الحالة لم يرد النص عليها بالمادة ٤١٩ مدني المصري.

ثالثاً - جزاء عدم العلم الكافي بالمبيع:

١٠٠ - حرص المشرع، على تحديد الجزاء المترتب على عدم العلم الكافي بالمبيع. فنص في صدر المادة ٤٥٦ مدني على حق المشتري طلب إبطال البيع لعدم العلم. فما دام أنه لم ير المبيع، أو يعاينه، ولم يقر في العقد أنه رآه وما دام البيع لم يتضمن الأوصاف الأساسية للمبيع. كان له طلب الإبطال، دون أن يكون في حاجة لذكر الأسباب. كأن يبين مثلاً تخلف صفة جوهرية(١٨٥).

إنما إذا كان المشتري، قد تسلم المبيع فعلاً، فيجب عليه - خلال فترة معقولة - الطعن بالإبطال، على أساس عدم العلم الكافي وإلا سقط حقه في طلب الإبطال. وللمحكمة الموضوع سلطة تقدير، ماهية المدة المعقولة التي يترتب على مرورها سقوط حق المشتري في طلب الإبطال لعدم العلم الكافي.

كذا يسقط حق المشتري في الإبطال، على أساس عدم العلم الكافي بالمبيع بإجازة العقد، صراحة، أو ضمنا. وذلك بأن يصدر من المشتري ما يدل على رضائه بالمبيع، وكذا بتعيب المحل في يد المشتري، خصوصاً إذا سبق، وأن تسلمه سليماً غير معيب.

- وإلى أن يقرر المشتري إبطال العقد على أساس عدم العلم الكافي - بوصفه صاحب المصلحة في طلب الإبطال، يظل البيع صحيحاً، منتجاً لآثاره، شأنه في ذلك شأن أي عقد قابل للإبطال(١٨٦).

رابعاً - الفرق بين العلم الكافي بالمبيع، وغيره:

١٠١ - قد يبدو أن إبطال البيع لعدم العلم الكافي، غير مختلف عن الإبطال للغلط في صفة جوهرية للمبيع كما أن الحدود التي تفصل العلم الكافي بالمبيع عن تعيين محل العقد تبدو هي الأخرى دقيقة.

---

(١٨٥) وفي اعتبار البيع فاسداً، إذا كان المبيع مجهولاً في حكم مجلة الأحكام العدلية - تمييز ٢/ ٥/ ١٩٨٨ - مجلة القضاء والقانون - ٣٥٧ - رقم ١٠٤.

(١٨٦) فهو كالعقد الصحيح إلى أن يقضي بإبطاله. وكالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً بعد أن يحكم بإبطاله. وكذا، فإن العقد الباطل بطلاناً نسبياً يجوز إجازته من صاحب المصلحة في الإبطال ولا يكون للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها ولا يجوز للمتعاقد الآخر، ولا للغير التمسك بالإبطال ولا يجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة التمييز.

وفيما يلي، نفرق بين العلم الكافي بالمبيع، وبين الأنظمة التي قد تختلط به، أو تتشابه معه.

١ - الفرق بين الإبطال لعدم العلم، والإبطال للغلط:

١٠٢ - قد يبدو لأول وهلة أن نص م٤٥٦ مدني، يتضمن قرينة على وقوع المشتري في غلط، دفعه لإبرام العقد. ولكنها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس. وبذا يجوز للبائع أن يتوقى الإبطال، إذا أثبت أن المشتري رغم عدم العلم الكافي بالمبيع لم يقع في غلط دفعه إلى التعاقد. وبذا يكون النص المذكور، قد نقل عبء الإثبات من المشتري إلى البائع. والواقع أن نص م٤٥٦ من القانون المدني يتضمن شرطاً إضافياً خاصاً بعقد البيع، وهذا الشرط مأخوذ من أحكام خيار الرؤية في الفقه الإسلامي كما أشارت المذكرة الإيضاحية. وثمة فرق بين إبطال العقد على أساس عدم العلم الكافي بالمبيع، وبين إبطال العقد للغلط. ففي حالة عدم العلم الكافي يكون المشتري حراً في اعتماد العقد، أو نقضه، وليس عليه أن يثبت وقوعه في الغلط، ولا أن يثبت أن المتعاقد الآخر «البائع» وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل أن يتبينه، كما تقضي بذلك أحكام الغلط - م١٤٧ مدني. وبذا، يبين أن عدم العلم الكافي بالمبيع سبيل للطعن في البيع، غير سبيل الغلط(١٨٧). أو أن طلب الإبطال طبقاً للمادة ٤٥٦ مدني، هو طلب على أساس الغلط ولكنه غلط مفترض لا يكلف المشتري بإثباته - على حد تعبير بعض الفقهاء(١٨٧م).

٢ - الفرق بين العلم الكافي بالمبيع، وتعيينه:

١٠٣ - يختلف شرط العلم الكافي بالمبيع المنصوص عليه بالمادة ٤٥٦ من القانون المدني عن القواعد العامة في تعيين المحل. وتفسير ذلك، أن المشرع الكويتي قد أوجب أن يكون محل الالتزام معيناً، تعيناً دقيقاً نافياً للجهالة الفاحشة.

---

(١٨٧) قرب، الشرقاوي/ ص٥٢ - وآراء أخرى في ص٥٣/ هـ(١).

(١٨٧م) مثلاً، تناغو/ص٦٩ - وإن صعب علينا - مع ذلك - استخدام عبارة الغلط المفترض.

فإذا ورد التعاقد على شيء محدد بالذات وجب تعيين الشيء نفسه، تعيناً يبرز ذاتيته، ويحول بالتالي دون الخلط بينه، وبين غيره(١٨٨).

أما، إذا ورد التعاقد على شيء محدد بالنوع، وجب أن يتحدد الشيء بنوعه، ومقداره، ودرجة جودته. فإن لم يذكر في العقد، درجة الجودة، فإن المحكمة، تستخلصها من ظروف الحال، وإلا، التزم المدين بتقديم شيء من صنف متوسط.

فقد يكون المبيع معينا، ومع ذلك لا يعلم به المشتري علماً كافياً. فالتعيين يتم - كما قدمنا - بتمييز المبيع عن غيره. أما العلم الكافي فيشترط أصلاً رؤية المبيع، ولكن يغني عن الرؤية، أما وصف المبيع وصفاً كافياً، وأما إقرار المشتري في العقد بأنه عالم بالمبيع، وأما، بتسلم المشترى المبيع، وعدم الاعتراض عليه خلال فترة معقولة.

وعلى ذلك فالسيارة، يكفي لتعيينها، بيان نوعها، أو ماركتها. ولكن شرط العلم الكافي يستلزم بيان سنة الصنع، وقوة الموتور، والإطارات..

والمنزل، يكفي لتعيينه، ذكر عنوانه، بينما يلزم، في العلم الكافي، بيان مساحته وعدد غرفه، وموقعه... الخ. فالعلم الكافي بالمبيع مرحلة أبعد من مجرد تعيين محل العقد.

وفرق آخر، بين تعيين المبيع، والعلم الكافي به. فجزاء تخلف الأول هو البطلان المطلق - م١٧١/ ١ مدني. وجزاء عدم العلم الكافي هو قابلية البيع للإبطال لمصلحة المشتري. وتفريعاً على ذلك، ينعقد البيع صحيحا - رغم تخلف العلم الكافي بالمبيع - إلى أن يحكم بإبطاله، بناء على طلب المشتري. ولا يكون للبائع، حق طلب إبطال العقد، لتخلف علم المشتري الكافي بالمبيع ولا يكون للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها ولا يجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى - بعكس الحال، إذا تخلف تعيين محل العقد الذي يترتب عليه البطلان المطلق إعمالاً لحكم م١٧١/ ١ من القانون المدني، ويترتب عليه - لذلك - عكس النتائج السابقة.

---

(١٨٨) المذكرة الإيضاحية - ص١٦٤.

المبحث الثاني

الثمن Pretium

النصوص القانونية - تقسيم:

١٠٤ - لا ريب بأن النص بالمادة ٤٥٤ من القانون المدني، على أن البيع عقد على تمليك شيء، أو حق مالي، لقاء عوض نقدي - يدل على أن المشرع جعل الثمن ركناً أساسياً للبيع، لا ينعقد بدونه.

وأخذاً من نص المادة ٤٥٩ مدني يكفي في تعيين الثمن أن يكون قابلاً للتقدير determinable، ويعتبر كذلك إذا كانت الأسس التي يقوم عليها تقديرة متفقاً عليها بين المتبايعين.

ونصت م٤٦٠ مدني بأن عدم ذكر الثمن لا يترتب عليه بطلان البيع، إذا تبين من الاتفاق، أو الظروف، قصد المتعاقدين، التعامل بالسعر المتداول بينهما، أو بسعر السوق(١٨٩).

بينما عرضت م٤٦١ مدني، لحالة تقدير الثمن على أساس الوزن، وأوضحت بأن العبرة في ذلك بالوزن الصافي إلا إذا اتفق الطرفان أو جرى العرف على غير ذلك. ومن جهة أخرى نصت م٤٦٢ مدني - أخذاً من أحكام فقه الشريعة الإسلامية على بيوع القولية، والشراكة، والمرابحة، والوضيعة.

---

(١٨٩) المذكرة الإيضاحية - ص٣٦٩ - وتمييز ١٩٨٩/٦/٢٥ - مجلة القضاء والقانون - مرجع سابق - ص٨٤ - رقم (٢٠). ونقض فرنسي - ٢١ مايو ١٩٩٠ - دالوز - ١٩٩٠ - مختصرات - ١٤٦ ونقض تجاري ٢٨ أبريل ١٩٨٧ - بلتان مدني - ٤ - رقم ٩٩. بينما ورد نص م١٤ من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع التي صدقت عليها مصر، وفرنسا، ولم تصدق عليها الكويت. بأن الإيجاب هو العرض المحدد بصورة كافية. وهو لا يعتبر مذلك إلا إذا تحدد ثمن البضائع. أو يتضمن على الأقل معطيات يمكن بمقتضاها تحديد الثمن - ونصت م٥٥ من ذات الاتفاقية على أنه إذا تبين أن البيع أبرم صحيحاً من دون تقدير ثمن البضائع صراحة أو ضمناً، أو لم يتضمن معطيات يمكن أن يقدر بمقتضاها، أمكن تحديد الثمن بالثمن الذي تباع به ذات البضائع - وقت إبرام العقد بنفس الجهة ونفس الظروف - انظر CH.Mouly «ثمن المبيع، وطريقة الوفاء به في اتفاقية فيينا ١٩٨٠ - معلقات صغيرة - ١٥ يونيه ١٩٩٠».

- وأخيراً، فقد نصت م٣ من القانون رقم ١٩٧٩/١٠ على جواز إخضاع بعض السلع لنظام التسعير وهذا، هو التحديد القانوني للثمن.

- والمتأمل في النصوص السابقة يجدها، قد حددت الشروط الواجب توافرها في الثمن. كما تضمنت تطبيقات لأهم صور قابلية الثمن للتقدير.

١٠٥ - وسوف نعرض بداية لشروط الثمن[١٩٠] - ثم صور تقدير الثمن - قبل أن نتناول التحديد القانوني للثمن «التسعير الجبري» - على النحو التالي:

المطلب الأول
شروط الثمن في عقد البيع

١٠٦ - إعمالاً لنص المادة ٤٥٤ من القانون المدني، فلا بد أن يكون الثمن نقدا[١٩١] كذا، يجب أن كون مقدراً، أو قابلاً للتقدير - المادة ٤٥٩ مدني.

وطبقاً للقواعد العامة، يجب أن يكون الثمن حقيقياً، لا صورياً، وجدياً وليس تافهاً.

وسوف نتناول هذه الشروط - تباعاً - فيما يلي:

أولاً - يجب أن يكون الثمن نقداً:

١٠٧ - قدمنا أن الثمن ركن من أركان البيع، فضلاً عن كونه التزام المشتري الأساسي الذي يميز البيع عن سائر عقود المعاوضات الأخرى التي يقصد منها نقل الملكية. فالذي يميز البيع عن المقايضة، أن الأول يكون دائماً بمبلغ من النقود. بينما المقايضة مبادلة شيء بشيء غير نقدي. فإذا كانت المقايضة بمعدّل فإن ذلك لا ينفي عن العقد صفة المقايضة، ما لم يكن المعدل النقدي هو العنصر الغالب،

---

(١٩٠) ويعبر الفقه الفرنسي عن ذلك بأن الثمن يجب أن يكون محدداً، وحقيقياً - ماليري، وآينيس ص/١٥١/ بند ٢٠٣.

(١٩١) ويستحق الثمن - على ما رأينا - فور تمام البيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف بغير ذلك - تمييز ١٩٨٧/٤/٦ - مجلة القضاء والقانون - س١٥ - ع١ - ٤٢٤ - قاعدة ١٢٠.

فتدخل في زمرة البيع[192] فإن تقاربت قيمة العنصر النقدي، والعنصر غير النقدي، اعتبر العقد بيعاً بالنسبة للعنصر النقدي، ومقايضة بالقدر المقابل للعنصر غير النقدي[193][194].

– كذا فإن المقابل النقدي يميز البيع في القانون الكويتي الحالي عن معناه في مجلة الأحكام العدلية، وهو مبادلة مال، بمال، فيشمل لذلك – خلاف البيع، المقايضة، والصرف.

واشتراط الثمن النقدي، يجعل العقد الذي يتفق فيه الطرفان، على أن يكون المقابل أوراقاً مالية، أو أشياء يمكن تحويلها بسهولة إلى نقود، عقد مقايضة وليس بيعاً. ولا يغير من ذلك – سهولة معرفة قيمة هذه الأوراق، أو الأشياء بالإطلاع مثلاً على كشوف الأسعار[195] فالبيع يقتصر على العقود التي يتم فيها نقل الملكية، مقابل مبلغ من النقود وقت البيع. فإذا دفع الثمن نقداً، اعتبر العقد بيعاً بصرف النظر عن كيفية تحديد الثمن، أو الوفاء به. فقد يكون الثمن مبلغاً إجمالياً يدفع مرة واحدة. وقد يكون الثمن على أقساط، تدفع كل فترة زمنية. بل قد يكون الثمن في صورة إيراد مرتب مدى الحياة، بشرط أن يكون إيراداً نقدياً. وبه، يعتبر الإيراد المرتب مدى الحياة عنصراً من عناصر الثمن في عقد البيع. وعلى عكس ذلك إذا كان الإيراد المرتب مدى الحياة، هو القيام بعمل، لمصلحة البائع، كالتزام المشتري مثلاً بتعليم أبناء البائع، أو علاجه، أو القيام على شؤونه، أو غير ذلك، فإنه لا يعتبر عنصراً من عناصر الثمن، ولا يعتبر العقد بيعاً وإنما يعتبر – خصوصاً في الفقه الفرنسي – عقداً غير مسمى، طالما أن المقابل ليس نقداً[195م].

---

(١٩٢) ولمّا كانت الشفعة، لا تجوز إلا في البيع – م٨٩١ مدني كويتي. فإنه يخرج من نطاق الشفعة، المقايضات، ولو بمعدل ما لم يكن المعدل النقدي أعلى بكثير من الشيء المقايض به – شكري سرور – موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي – ١٩٩٤ – جامعة الكويت / ص٩٩ / بند ١٤٨ – والحاشية (٤).

(١٩٣) السنهوري – جـ٤ – ص٣٦٥ – تناغو – ص١٠٤.

(١٩٤) وتبدو أهمية التفرقة بين البيع، والمقايضة، في أن للبائع امتياز في عقد البيع، وليس له حق الامتياز في المقايضة.

(١٩٥) البدراوي/ بند ١٣٤/ هـ/ ص١٩٤ – والشرقاوي/ ص١٣١/ بند ٤٥.

(١٩٥م) مثلاً، جستان، وديشي/ ص٦/ بند/ ٦.

وعلى عكس ذلك، يعتبر العقد بيعاً، إذا اتفق على دفع بعض الثمن في صورة إيراد مرتب، والبعض الآخر مبلغاً من النقود سواء عند إبرام البيع نفسه، أو عقب انتهاء أجل الإيراد المرتب. فالمهم أن البيع يقتصر على العقود التي يكون المقابل فيها نقديا(١٩٦).

ومجمل القول، أن الثمن يجب أن يكون نقداً، بصرف النظر عن طريقة تحديده أو كيفية الوفاء به. أما تأجيل دفع الثمن، فلا يترتب عليه بطلان عقد البيع وإنما، يظل المشتري ملتزماً بأدائه في الميعاد، وبالكيفية التي تم الاتفاق عليها بين المتعاقدين، باعتبار أن البيع - في هذا الفرض - قد استوفى ركن الثمن(١٩٧).

ثانياً - يجب أن يكون الثمن مقدراً، أو قابلاً للتقدير:

١٠٨ - نصت المادة ٤٥٩ مدني على ذلك، بقولها.. يجوز أن يقتصر في تحديد الثمن على بيان أسس صالحة لتقديره...(١٩٨). ومعنى الجواز في النص، أن العقد يجب أن يتضمن أصلاً ثمناً مقدراً. ومما يقطع بذلك أن الثمن - كما قدمنا - ركن في عقد البيع، فوجب أن يكون مقدراً «dèterminè».

- ومع ذلك، فعدم تقدير الثمن لا يعني بطلان البيع، طالما تضمن الأسس الصالحة لتقديره. وبعبارة أخرى. فإن البيع، ينعقد صحيحاً، سواء اتفق المتبايعان صراحة، أو ضمناً على تقدير الثمن الذي يلتزم به المشتري. أو، اتفقا على أسس صالحة لتقديره. فإن لم يوجد اتفاق على أسس تقدير الثمن اعتبر البيع باطلاً لانعدام ركن من أركانه(١٩٩). ومن أمثلة الاتفاق الضمني لتقدير الثمن أخذاً من نص المادة ٤٦٠/١ مدني، أن يظهر من الظروف، والملابسات التي صاحبت إبرام

---

(١٩٦) السنهوري - جـ ٤ - بند ٢٠٥ - الحاشية (٢). البدراوي - مرجع سابق - ١٠٥.
(١٩٧) نقض ٢/١٢/١٩٦٩ - شعلة - ص٣١٥ - قاعدة (٥٧).
(١٩٨) المقابلة للمادة - ٤٢٣/١ مدني مصري.
(١٩٩) في هذا المعنى - نقض تجاري - ١٦ أبريل ١٩٩١ - بلتان مدني - ٤ - رقم ١٤٨. والمهم أن ينصب التقدير على الثمن، وملحقاته - مثلاً - نقض - مدني ٢١ مايو ١٩٩٠ - دالوز - ١٩٩٠ - معلومات سريعة - ١٤٦ - وكولاروديلبك - /ص١٠٧/ بند ١٤٦.

العقد أن السكوت عن تحديد الثمن، قصد به الرجوع إلى السعر المتداول في التجارة، أو إلى السعر الذي جرى عليه التعامل السابق بين المتعاقدين. ففي هذه الحالة، ينعقد البيع صحيحا. ويرجع إلى أي من الأساسين السابقين لتقدير الثمن. وتبعاً لذلك، حكم بأن البيع الذي يتم بين التجار على قاعدة «الفواتير المفتوحة» أي تسليم البضاعة مع التراخي في دفع الثمن لا يترتب عليه بطلان العقد لعدم تحديد الثمن لأن طريقة التعامل المذكورة تشهد على أن الثمن يتحدد على أساس ما يجري عليه التعامل بين المتعاقدين[١٩٩مكرراً]. وقريباً من ذلك، أكدت محكمة التمييز على أنه لا يؤثر في صحة البيع خلوة من تسمية الثمن، إذا تبين من الظروف أن هذا الثمن معلوم من الطرفين، كما إذا، أقرا في العقد، أن البيع نظير ثمن قبضه البائع، فذلك يعني اتفاقهما على ثمن معين[١٩٩م أولا].

- كذا ينعقد البيع صحيحاً، إذا تضمن العقد أساساً صالحاً لتقدير الثمن. على أن المشرع الكويتي، كغيره، لم يحدد ماهية الأسس التي تجعل الثمن قابلاً للتقدير، ينعقد بها البيع صحيحاً. لذا، اجتهد القضاء[١٩٩م ثانيا] مؤيداً من الفقه[١٩٩م ثالثا] لوضع شروط يجب أن تتوافر فيما يعتبر أساساً صالحاً للتقدير، بحيث إذا تخلف أي منها اعتبر البيع كأن لم يكن لتخلف عنصر جوهري فيه هو الثمن المقدر، أو القابل للتقدير. وجُماع هذه الشروط أن تكون الأسس المبينة تسمح فعلاً بتعيين الثمن على وجه لا يثير أي خلاف، أو منازعة.

(١٩٩مكرراً) نقض ١٩٤٧/١٢/٤ - مجموعة القواعد/ جـ١/ ص٣٦٩/ رقم ١٤٧.

(١٩٩م أولا) تمييز ١٩٨٩/٦/٢٥ - القضاء والقانون/ س١٥/ ص٨٤/ رقم ٢٥.

(١٩٩م ثانيا) مثلاً - نقض (تجاري) ٢٣ فبراير ١٩٩٣ - دالوز ١٩٩٣ - ص٣٧٩ - تعليق جستان - ومدني/ ٢٩ نوفمبر ١٩٩٤/ دالوز ١٩٩٥/ ١٢٢، تعليق آينس - ونقض (بدوائر مجتمعه) ١ديسمبر ١٩٩٥ - دالوز ١٩٩٦ - ١٣ - تعليق المحامي العام "de jeol" - ونقض (تجاري) ١١ يونيه ١٩٩٦ - ج س ب - ١٩٩٦ - ١٧ - ص٨١٨.

(١٩٩م ثالثا) جستان وديشي/ ص١٣٣ - مامليرى وآينس/ بند ٨٣٥ - الأهواني/ ص٢٢٣/ بند ٢٨٩ - البدراوي/ ص١٠٦. مرقس والخليلي/ ص٢٢٦/ بند ٩٧ - الشرقاوي/ ص١١٨.

وتفريعاً على ذلك، يشترط - من أحكام القضاء - أن يكون تقدير الثمن قائماً على عناصر مادية، أو موضوعية تسمح بتحديده. وعليه، إذا اتفق أطراف العقد على أن ينقل البائع ملكية المبيع إلى المشتري مقابل قيمته، أو مقابل ثمن عادل، فإن ذلك لا يقوم أساساً مادياً لتقدير الثمن، ولا ينعقد به البيع(١٩٩ م رابعاً).

كذا، لا ينعقد البيع على ثمن، هو ما يساويه المبيع، لأن ذلك، ليس أساساً مادياً للتقدير(١٩٩ م خامساً) ولا يجوز الاتفاق على أن يكون الثمن مساوياً لما يعرضه غير المشتري، فمثل هذا الاتفاق يؤدي إلى الغش، أو الغدر، فقد يدس المشتري للبائع شخصاً يعرض عليه ثمناً قليلاً لحمله على البيع له، به. وقد يحدث العكس، فيتفق البائع مع شخص آخر، على أن يعرض عليه ثمناً مرتفعاً لإكراه المشتري على دفعه. وإن رأى البعض(١٩٩م سادساً) - بحق - أن مثل هذا الاتفاق يعتبر وعداً بالتفضيل، وليس بيعاً.

كذا، لا ينعقد العقد، إذا كان الثمن يرتبط بالعائد، أو الربح الذي يدره المبيع على المشتري باعتبار أن الثمن في هذه الصورة، متوقف على اتفاقات لاحقة يبرمها أحد المتعاقدين «المشتري» - فلا يصلح أساساً مادياً، أو موضوعياً لتقدير الثمن(١٩٩م سابعاً).

- وبعكس ذلك يجوز أن يكون الثمن في عقد البيع هو ثمن التكلفة مع إضافة ربح معين، أو متوسط الأثمان التي باع بها التاجر، أو على أساس التسعيرة الجبرية(١٩٩م ثامناً) وتبعاً لذلك أكدت محكمة النقض المصرية، صحة عقد بيع، تم حساب الثمن فيه، بإضافة ربح مقداره ٢٨٪ إلى الثمن الذي اشترى به البائع

(١٩٩م رابعا) نقض ٦ يونيه ١٩٦٩ - دالوز ١٩٦٩ - ص٥١٣.

(١٩٩م خامسا) مرقس، والخليلي/ ص٢٢٧/ بند ٩٧.

(١٩٩م سادسا) أنور سلطان/ العقود المسماة/ البيع والمقايضة/ ١٩٨٠/ ص١٢١/ ص١٢٢/ هـ(٢) ونؤيده لسلامة الاعتبارات التي يقوم عليها.

(١٩٩م سابعا) محكمة باريس ٢٢ نوفمبر ١٩٧٢ - دالوز ١٩٧٤/ ص٩٣ - ومشار إليه في الأهواني/ هـ٤٣٢.

(١٩٩م ثامنا) مرقس/ ص١٢٧/ بند ٨٩.

البضاعة المستوردة (سيف)[١٩٩م تاسعاً]. إنما لا يعتبر أساساً صالحاً لتقدير الثمن، الإحالة لتقديره في العقد «لعبارة، طبقاً للشروط المتفق عليها بيننا»[١٩٩م عاشراً] إنما لا يلزم، فيما يعتبر أساساً صالحاً للتقدير أن يكون الثمن متكافئاً مع قيمة المبيع - على ما سوف نرى.

كذا، يشترط فيما يعتبر أساساً صالحاً لتقدير الثمن، أن تكون عبارات العقد واضحة في الدلالة عليه فذلك وحدة يقي أطراف العقد، قيام نزاع محتمل على تقدير الثمن. ويمكن تفسير ذلك، بأن الثمن، ركن البيع الأساسي، ولا بيع بلا ثمن Pas de Prix de Vente. وبذا، فإن الشك في مقدار الثمن، أو كيفية تقديره، ينعكس على ركن التراضي ذاته، فلا ينعقد العقد.

- كذا، يشترط فيما يعتبر أساساً صالحاً لتقدير الثمن، ألا يكون متروكاً لمحض إرادة أحد المتعاقدين[٢٠٠]. وتفريعاً على ذلك، إذا فوض تقدير الثمن لأحد المتعاقدين وترك هذا العاقد حراً في تحديد الثمن، أو عدم تحديده، وكذا في المبلغ الذي يقدره قيمة للمبيع. فإن هذا الاتفاق لا ينعقد به العقد لأنه يعلق البيع، وما ينشأ عنه من التزامات على محض إرادة هذا العاقد[٢٠٠م].

ويثور التساؤل - مع ذلك - إذا ترك تقدير الثمن لأحد المتعاقدين، واشترط عليه أن يقوم بتحديد الثمن، دون تأخير، وبأن يستند في تحديده إلى مبررات عادلة، أو مقبولة واشترط فضلاً عن ذلك، إمكانية اللجوء إلى المحكمة، إذا خالف أي شرط من الشروط السابقة. فهل يصلح ذلك أساساً لتقدير الثمن في نص المادة ٤٥٩ مدني كويتي؟

(١٩٩م تاسعا) نقض ٢٨/ ١/ ١٩٨٠ / أحكام النقض س٣١/ ص٣١٨.

(١٩٩م عاشرا) من هذا الرأي - D. Ferrier - عدم تحديد الثمن، وبطلان عقد الصيانة المقترن بشرط القصر - مجلة قانون المقاولة - ١٩٨٢ - ص١٢.

(٢٠٠) مثلاً - نقض ١٦ يوليه ١٩٧٤/ دالوز ١٩٧٤ - ٦٨١ تعليق ماليره - ٥ فبراير ١٩٧٢ - دالوز ١٩٧٣ - ٤١٧ تعليف جستان.

(٢٠٠م) مثلا: ١٠ مايو ١٩٩٥ - العقد/ المنافسة/ الاستهلاك ١٩٩٥ - رقم ١٤٠.

والإجابة عن هذا السؤال، قسمت الفقه، والقضاء إلى قسمين: الأول، على أن ذلك، يعتبر أساساً كافياً لتقدير الثمن، يجعله قابلاً للتقدير. فالمحظور عند أنصار هذا الرأي أن يتوقف تقدير الثمن على محض إرادة أحد المتعاقدين. أما، وأن هذه الإرادة، مقيدة - في الفرض المطروح - باعتبارات العدالة، وتحديد الثمن بالسرعة الواجبة، فضلاً عن رقابة القضاء لهذه المسائل جميعاً، فلا يعتبر ذلك شرطاً إرادياً محضاً. وبذا، يكون البيع صحيحاً[٢٠٠م أولاً] بينما يرى البعض الآخر[٢٠٠م ثانياً] بأن الفرض المطروح يتمخض عن مجرد اشتراط البيع بثمن عادل، ولا يقع به البيع صحيحاً، بوصفه أساساً غير مادي، لتقدير الثمن!

- وإذا كانت القاعدة، أن الثمن لا يجب أن يترك تحديده لمحض إرادة أحد المتعاقدين. فقد استثنى المشرع الفرنسي من ذلك، بيوع المباني تحت التشييد. فأجاز للبائع وحده سلطة تقدير الثمن، وتعديله بإرادته المنفردة، إنما في حدود ٥٪ فقط من الثمن المتفق عليه مبدئياً بالعقد المحرر بينهما[٢٠٠م ثالثاً] وليس ثمة نص على ذلك بالقانونين الكويتي إو المصري وإن أمكن النص عليه بالعقد - إعمالاً للقواعد العامة، ولطبيعة بيوع المباني، أو الإنشاءات تحت التشييد، بما تتضمنه من مخاطر ارتفاع نفقات مواد البناء، وأجور العمال، في الفترة بين إبرام العقد، وتسلم المشتري للمبنى أو الإنشاء.

ثالثاً - صور تقدير الثمن:

١٠٩ - قدمنا، بأن الثمن، إن لم يكن مقدراً، فليس معنى ذلك بطلان العقد، طالما، تضمن أسساً صالحة لتقدير الثمن. ومن ذلك، فيما نص عليه بالمادة ٤٥٩ مدني ترك تقدير الثمن لطرف ثالث، أو أجنبي عن العقد، أو تحديد الثمن

(٢٠٠م أولا) من هذا الرأي مرقس والخليلي/ ص٢٢٨/ ونقض ١٤ أكتوبر ١٩٨٨ - دالوز ١٩٨٩ - ٢٦٦ ونقض ١٠ مايو ١٩٩٠ سالف الذكر.

(٢٠٠م ثانيا) السنهوري/ ص٣٧٠/ هـ(١) الشرقاوي/ ص١١٨.

(٢٠٠م ثالثا) المادة - آر ٢٦١/٣١ من تقنين البناء والاسكان الفرنسي.

بسعر السوق. وكذا، يمكن أن يكون الثمن الذي اشترى به البائع أساساً للتقدير(٢٠٠م رابعاً). وهذا هو التقدير الاتفاقي للثمن الذي نعرض له بالمحور الأول - وهو يختلف عن التحديد القانوني للأسعار، وهذا هو التسعير الجبري الوارد بقانون رقم ١٩٧٩/١٠ - ونتناوله في المحور الثاني.

المحور الأول - التقدير الاتفاقي للثمن

- تمهيد، وتقسيم:

١٠٩مكرراً - قدمنا بأُ التقدير الاتفاقي للثمن، قد يتمثل في تفويض أجنبي أو طرف ثالث، تحديد قيمة المبيع - م٤٥٩ مدني - وم١٢٥ تجاري -(٢٠٠م خامساً).

وكذا، الاتفاق على البيع بسعر السوق - م٤٦٠ مدني - وم١٢٣ تجاري. وأخيراً، يمكن أن يكون الثمن الذي اشترى به البائع، أساساً للتقدير بنص م٤٦٢ مدني، فيما يعرف ببيوع الأمانات في فقه الشريعة الإسلامية - وسوف نعرض لكل من هذه الصور - فيما يلي تباعاً:

أولاً - تحديد الثمن بواسطة أجنبي «طرف ثالث»

- تمهيد:

١١٠ - نص المشرع الكويتي على هذه الصورة، لتقدير الثمن بالمادة ٤٥٩ مدني وعُدِّل النص بمرسوم بقانون ١٩٩٦/١٥. وقد أثار النص، وتعديله

(٢٠٠م رابعا) فيما يسمى ببيوع الأمانات في فقه الشريعة الإسلامية.

(٢٠٠م خامسا) والنصوص الواردة بقانون التجارة تكتسب أهمية خاصة، ليس فقط لأن القانون التجاري الكويتي، قد اشتمل على نصوص من عقد البيع، لا تختلف عن تلك الواردة بالقانون المدني، وإنما لاتساع نطاق القانون التجاري الذي يحكم الأعمال التجارية، ومذا، الأعمال المختلطة، التي يبرم فيها العقد بين تاجر، وغير تاجر، فيسري حتى على الطرف، غير التاجر. بحيث لا يبقى للقانون المدني سوى حكم بيوع العقارات، وبيوع المنقولات بين أفراد عاديين - وإن قصد بالأولى، المضاربة انطبقت عليها أحكام قانون التجارة - وراجع آنفا/ بند ٧.

تساؤلات عدة، بصدد مدى التزام المتبايعين بالثمن الذي يحدده الطرف الثالث، والطبيعة القانونية لعمل هذا الطرف الثالث[٢٠١].

وسوف نعرض - فيما يلي - للنص القانوني، والتعليق عليه، قبل أن نتناول مدى التزام المتبايعين بالثمن الذي يقدره الطرف الثالث، والطبيعة القانونية لعمل «الأجنبي» في تحديد الثمن.

١ - نص قانوني، تعليق:

١١١ - نصت المادة ٤٥٩ مدني كويتي، المعدلة بالمرسوم بقانون رقم ١٥/ ١٩٩٦ على أنه «. . . إذا ترك تقدير الثمن لأجنبي عن العقد، فلا ينعقد العقد، إلا إذا رضي المتعاقدان بهذا التقدير، وعند الخلاف يعتد بثمن المثل»[٢٠٢].

- وبذا، فقد أجاز المشرع الكويتي، بالنص الأصلي، أو بتعديله، أن يفوض تحديد الثمن إلى أجنبي. وفي هذا الفرض، لا يكون البيع باطلاً - بطبيعة الحال - لأن الثمن، وإن لم يكن مقدراً إلا أنه يكون قابلاً للتقدير[٢٠٣] أما إذا لم يذكر البائع والمشتري ثمن المبيع، وتركا تحديده لطرف ثالث - ولم يتفقا على تحديد هذا الطرف، فإن البيع لا ينعقد، لتخلف عنصر جوهري فيه هو الثمن. وتفسير

---

(٢٠١) ولا يوجد نص بالقانون المصري يقابل النص الوارد بالمادة ٤٥٩ - وإن كانت المادة ١٨٥ من المشروع التمهيدي للمجموعة المدنية، تنظم تفويض الغير، تحديد موضوع الالتزام بصفة عامة - بما في ذلك الثمن. وألغى النص بلجنة المراجعة، بوصفه يتعلق بمسألة تفصيلية - الأعمال التحضيرية - جـ٢ - ص٢٠٦ - ص٣١٥ - وأجمع الفقه والقضاء على جواز تفويض الأجنبي تحديد الثمن - من الفقه مثلاً: السنهوري والفقي/ ص٤٨٩/ بند ٢١٢ - مرقس والخليلي/ س٢٣١/ بند ٩٩ - الشرقاوي/ ص١١٨/ سلطان/ ص١٢٤/ بند ١١٦ - البدراوي/ ص١١١/ بند ٦٥ - ومن القضاء - نقض ١/٦/١٩٨٨ /شعلة/ ص٤٤/ رقم ١٥ - نقض ٨/ ٥/ ١٩٨٨ / شعلة/ ص٤٢/ بند ١٦.

- وبعكس ذلك، نصت م١٥٩٢ مدني فرنسي - على تفويض «المحكم» تحديد الثمن.

(٢٠٢) الكويت اليوم «الجريدة الرسمية» ع٢٥٩ س٤٢ - ٢ يونيه ١٩٩٦.

(٢٠٣) وكان النص الأصلي يقضي بأنه، يجوز أن يفوض تحديد الثمن إلى طرف ثالث، فإذا لم يحدده لأي سبب، كان الثمن، هو ثمن المثل.

ذلك، أن تفويض أجنبي تقدير ثمن المبيع، يعتبر أساساً صالحاً لتقدير الثمن، والقاعدة أن الثمن إن لم يكن مقدراً وقت العقد يمكن أن يكون قابلاً للتقدير عن طريق الأجنبي. فإن تعذر اختيار هذا الأجنبي دون خطأ أو تقصير من المتعاقدين يكون الثمن عندئذ، غير قابل للتقدير فيقع البيع باطلاً. وإذا تعذر اختيار الأجنبي بعد الاتفاق عليه لامتناع أحد المتعاقدين أو لاتخاذه موقفاً سلبياً حال دون تعيين هذا الأجنبي فإن ذلك يحول أيضاً - دون انعقاد العقد. وإنما يكون للمتعاقد الذي يتضرر من بطلان البيع، مطالبة المتعاقد الآخر بالتعويض إنما على أساس المسئولية التقصيرية، لا التعاقدية، اعتباراً بأن عدم تعيين الأجنبي «المفوض إليه تحديد الثمن»، لا يترتب عليه انعقاد عقد البيع، ولا أي عقد آخر فتكون المسئولية تقصيرية. وإذا فرض أن ثمة وعد بالبيع، اتفق فيه أطرافه على تفويض طرف ثالث تقدير ثمن المبيع، وعند إبرام العقد النهائي، اختلفا في تحديد شخص المفوض إليه تقدير الثمن. فإن البيع لا ينعقد(٢٠٣م) ولا يختلف الحكم إذا تم تحديد شخص المفوض إليه تقدير الثمن، لكنه رفض القيام بمهمة التقدير(٢٠٣م أولا). وإذا خول، تقدير الثمن لعدة أشخاص، انتهى هؤلاء إلى تحديد حد أدنى، وحد أقصى لقيمة المبيع، قبل البائع بالحد الأقصى، لا ينعقد العقد ما لم يرض به المشتري(٢٠٣م ثانيا).

١١٢مكرراً - وقد يثور التساؤل بصدد ماهية الشخص الذي يفوض إليه تقدير الثمن؟ ونبادر إلى القول بأن نص المادة ٤٥٩ مدني، لم يعرض لهذه المسألة، وبذا، فليس مام يمنع من تفويض أي شخص n'import quelle Personne يقبل القيام بمهمة تقدير ثمن المبيع، بشرط أن يكون مستقلاً عن المتعاقدين، ويتضح ذلك من استخدام المشرع بالمادة المذكورة لفظة أجنبي. أو بنص المادة ١٥٩١ مدني فرنسي على اختيار الطرف الثالث بالإرادة المشتركة للمتعاقدين.

(٢٠٣م) في نفس المعنى - نقض مدني - ٢١ ديسمبر ١٩٨٧ - دالوز ١٩٨٨ - مختصرات - ص٧٣.
(٢٠٣م أولا) المادة ١٥٩٢ مدني فرنسي - ويتعين - في نظرنا - الأخذ بذات الحكم في القانون الكويتي.
(٢٠٣م ثانيا) نقض - تجاري - ٢٩ مايو ١٩٧٢ - بلتان مدني - ٤ - رقم ١٦٧.

– كذا يثور التساؤل بصدد التزامات المفوض إليه تقدير الثمن؟ والواقع، أن من عهد إليه تقدير الثمن، إذا قبل مهمة التقدير، يلتزم بداية بتحديد الثمن بصورة واضحة، ومؤكدة وعلى ذلك لا يكون قد قام بعمله، إذا اكتفى بتحديد الحد الأدنى، والأقصى لقيمة المبيع خصوصاً وأن البائع، والمشتري قد لا يتمكنا من التوصل إلى اتفاق، وبذا، لا ينعقد البيع لتخلف عنصر جوهري.

كذا، يلتزم «الأجنبي» بتحديد الثمن، طبقاً للشروط الواردة بعقد البيع. فإن طلب إليه مثلاً، تحديد سعر قطعة الأرض بالمتر، امتنع عليه تحديد الثمن، بوحدة قياسية أخرى كالقدم كذا ينبغي على «الأجنبي» التزام حدود التفويض، في تقدير الثمن. فلا يعمل على تعديل شرط، وارد بالعقد، حتى، وإن تعلق بالثمن مباشرة، أو بطريق غير مباشر[٢٠٣م ثالثا] – إنما لا يشترط أن يكون تحديد الأجنبي للثمن مسببا motivée – فيعتبر لذلك ملزماً – أخذاً من نص م٤٥٩ مدني، قبل تعديله – ويمكن أن يفسر الالزام، رجوعاً إلى مبدأ القوة الملزمة للعقد الوارد بالمادة ١٩٦ مدني. وقد اختلف الحكم بعد تعديل المادة المذكورة.

١١٢ – فإذا قام الأجنبي، أو الطرف الثالث، بتحديد الثمن – وجب التفرقة – في الحكم بين النص الأصلي للمادة ٤٥٩ مدني – والتعديل الوارد بقانون ١٥/١٩٩٦:

فإعمالاً للنص الأصلي، فإن البيع ينعقد في الفرض المطروح، ليس من تاريخ تحديد الثمن، وإنما بأثر رجعي يمتد إلى وقت انعقاد العقد. فالبيع مع تحديد الثمن بواسطة شخص ثالث يتم تعيينه في العقد، ينعقد معلقاً على شرط واقف، هو قيام الطرف الثالث بتحديد الثمن[٢٠٤] فإذا تم ذلك، يكون الشرط قد تحقق، ويكون تحققه بأثر رجعي يمتد إلى وقت إبرام البيع، وليس فقط من تاريخ تحديد الثمن. ويترتب على ذلك نتائج مؤداها: إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات، فإن

(٢٠٣م ثالثا) نقض – تجاري – ٢٠ يناير – ١٩٧٠ – بلتان مدني – ٤ – رقم ٢٧.

(٢٠٤) وهو ذاته، الحكم الواجب الأخذ به بالقانونين المصري، والفرنسي وانظر: البدراوي/ ص١١٣/ بند ٦٨/ وآراء أخرى في الأهواني/ ص٢٣٧/ بند ٣٠٦.

ملكيته تنتقل إلى المشتري من تاريخ إبرام البيع، وليس من تاريخ تحديد الثمن بواسطة الطرف الثالث[٢٠٥] وإذا كان المبيع عقاراً، انتقلت ملكيته إلى المشتري من وقت التسجيل، وإن سبق قيام الطرف الثالث بتحديد الثمن[٢٠٦].

كما يترتب على ذلك، أن كل تصرف يصدر من البائع في الفترة بين تاريخ إبرام عقد البيع، وتحديد الثمن بواسطة الطرف الثالث **لا يكون نافذاً في مواجهة المشتري**.

- وإذا هلك المبيع، بعد إبرام البيع، وقبل تحديد ثمنه بواسطة الطرف الثالث فإن الشرط لا يتحقق، ويعتبر البيع كأن لم يكن .nul et nul éffets.

كذا، يترتب على أن البيع المفوض فيه تحديد الثمن لطرف ثالث، عقد معلق على شرط واقف، أن تقدير قيمة المبيع، يرجع فيها إلى تاريخ البيع، وليس وقت تقدير الثمن. وتبدو أهمية هذه المسألة - خصوصاً - في البيوع التي ترتفع فيها قيمة المبيع أو تنخفض، في فترات زمنية قصيرة. إذ يعتد عندئذ بقيمتها وقت إبرام العقد، وإن زادت، أو انخفضت، وقت تقدير الثمن بواسطة المفوض.

١١٣ - وفي مرحلة تالية، عُدِّل نص المادة ٤٥٩ بالمرسوم بقانون ١٥/١٩٩٦، وبمقتضاه، فإن تقدير الثمن بواسطة الأجنبي لا يترتب عليه انعقاد البيع، إلا إذا رضي المتعاقدان بهذا التقدير[٢٠٦م].

وعلى ذلك، لم يعد تقدير الثمن بواسطة الطرف الثالث كافياً وحده لانعقاد البيع كما كان الحال بالنص الأصلي. وجاء بالمذكرة الإيضاحية تبريراً لهذا التعديل بأن ترك تقدير الثمن لأجنبي يجعله غير معلوم للمتعاقدين عند التعاقد، وهو ما يخالف قواعد الفقه الإسلامي، نظراً لما ينطوي عليه من جهالة، وعند الاختلاف

---

(٢٠٥) ماليري، وآينيس/ ص١٥٣/ بند ٢٠٤.

(٢٠٦) وسوف نرى - لاحقاً - أن من مصلحة المشتري - في هذا الفرض - المبادرة إلى تسجيل البيع العقاري، دون انتظار لتحديد الثمن، حتى يتمكن من الاحتجاج بملكيته على أصحاب الحقوق العينية، التي قد يرتبها لهم البائع على العقار في الفترة من تاريخ إبرام البيع، وتاريخ تحديد الثمن بواسطة الطرف الثالث.

(٢٠٦م) فتترتب النتائج السابقة من تاريخ الرضى بالثمن الذي حدده الطرف الثالث. وإلا فمن تاريخ تقديره بواسطة المحكمة.

يرجع إلى سعر المثل، وذلك حتى يكون هناك معيار يتم الاحتكام إليه عند وجود الخلاف[٢٠٧].

- وبذا، فلا ينعقد البيع - المفوض تقدير الثمن فيه لأجنبي إلا على مرحلتين متتابعتين:

المرحلة الأولى، وهي الاتفاق على تفويض تقدير قيمة المبيع لطرف أجنبي وتقديره للثمن فعلاً. وهي لا تكفي بذاتها لانعقاد العقد.

وفي **المرحلة الثانية**، رضاء المتعاقدين بهذا التقدير وبه ينعقد البيع فإن اختلف المتبايعان بشأن التقدير الذي انتهى إليه الأجنبي، لا يكون البيع باطلاً. ويستطيع القاضي أن يحل تقديره هو محل تقدير المفوض بتحديد الثمن، بثمن المثل.

- كذا، إذا فوض تقدير الثمن لأجنبي، عينه البائع والمشتري، ولم يستطع لأي سبب من الأسباب تحديد قيمة المبيع. فإن البيع لا يكون باطلاً - أخذاً من معنى، ومغزى، النص المعدل للمادة ٤٥٩ مدني وإنما يكون للقاضي، تحديد الثمن بثمن المثل[٢٠٨].

- ونعتقد بأن تفويض تقدير الثمن لأجنبي، يعني أن قيام هذا الأجنبي بتحديد الثمن يصبح أمراً ضرورياً لإنشاء البيع. فإن قام بتقدير الثمن، واختلف عليه أطراف العلاقة التعاقدية، أو لم يستطع تقدير قيمة المبيع لأي سبب من الأسباب. فإن عناصر البيع الجوهرية تكون ناقصة. فلا يتصور وجود العقد دون أن يحدد الثمن إما لاختلاف المتعاقدين عليه، وأما لتعذر تقديره أصلاً بواسطة الأجنبي أما الالتجاء إلى القضاء، بقصد الحصول على حكم منه بتقدير الثمن، إذا لم

---

(٢٠٧) المذكرة الإيضاحية تعليقا على م٤٥٩ مدني - الكويت اليوم - عدد ٢٥٩.

(٢٠٨) وهو نفس الحكم الوارد بالنص الأصلي، ولا مقابل له بالقانون المصري، بينما نصت المادة ١٥٩٢ من القانون المدني الفرنسي، على أنه إذا لم يرغب الأجنبي في القيام بتقدير الثمن، أو لم يستطع ذلك لا يوجد بيع وذهب الرأي الغالب في الفقه المصري إلى أن هذا الحكم، هو الواجب الأخذ به في القانون المصري رغم عدم وجود نص - انظر مثلاً، الشرقاوي/ ص١٣٥.

يتم ذلك من جانب من فوض إليه التقدير ففيه افتئات على إرادة المتعاقدين، فضلاً عن تجاوزه الوظيفة التقليدية للقضاء، وهي الفصل في الخصومات. ولا يقدح في ذلك، أن يكون الثمن، الذي يحدده القاضي، هو ثمن المثل. طالما أن القاضي، يحل تقديره محل إرادة المتعاقدين في مسألة جوهرية، هي تحديد ثمن المبيع(٢٠٨م).

وبذا، فإن نص المادة ٤٥٩ مدني، بعد تعديله، لم يترتب عليه، زوال سلطة المحكمة في تقدير الثمن وهو الانتقاد الذي وجه للنص الأصلي سواء إذا تعذر تقديره بواسطة الأجنبي لأي سبب من الأسباب، أو تمكن هذا الأخير من تقدير الثمن، ولكن اختلف المتعاقدين بشأنه.

- وعلى عكس ذلك فإنه إذا اتفق البائع والمشتري على تخويل القاضي سلطة اختيار من يفوض إليه تقدير الثمن، إذا لم يتفقا على ثمن محدد، أو لم يتفقا أصلاً على شخص المفوض. ففي هذا الفرض، لا يحل القاضي محل تقدير المفوض إليه تحديد الثمن، ولا يكمل شروط العقد، وإنما يكون له سلطة مستمدة من اتفاق الطرفين في اختيار المفوض(٢٠٩).

- ومن جهة أخرى نصت المادة ١٢٥ من قانون التجارة على أنه إذا لم يعين الطرف الثالث الثمن، لأي سبب كان، ألزم المشتري بسعر السوق يوم البيع. فإذا تعذرت معرفة سعر السوق، تكفل القاضي بتعيين الثمن(٢١٠) فالحل الذي أخذ به التقنين المدني، بعد تعديله يغاير الوارد بقانون التجارة، في حالة عدم تمكن الطرف الثالث تقدير الثمن، فهو في الحالة الأولى ثمن المثل، وفي الثانية سعر السوق يوم البيع، فإن تعذر معرفة سعر السوق يوم البيع، كان للمحكمة، سلطة تقدير

(٢٠٨م) وكانت لجنة القانون الخاص بكلية الحقوق بجامعة الكويت، بعد أن درست مشروع تعديل القانون المدني قد انتهت إلى اقتراح تعديل نص م٤٥٩ مدني على النحو الآتي: «يجوز أن يقتصر في تقدير الثمن على بيان أسس صالحة لتقديره وإذا ترك تقدير الثمن لأجنبي عن العقد، فإن العقد ينعقد بهذا التقدير، ما لم يكن قد اتفق على غير ذلك».

(٢٠٩) قرب، الشرقاوي/ ص١٣٦.

(٢١٠) الأهواني/ ص٢٣٨/ بند ٣٠٨.

الثمن. ويكون لها، هذه السلطة كذلك بالقانون المدني المعدل، حتى، ولو تمكن الأجنبي من تقدير ثمن المبيع، واختلف البائع والمشتري بشأن هذا التقدير كما سبق أن بينا. فالنصان - على هذا النحو يختلفان في الحالة التي يمكن فيها معرفة سعر السوق يوم البيع. وبه يتحدد الثمن في القانون التجاري. ويقتربان إذا تعذر معرفة سعر السوق يوم البيع، أو لم يكن هناك سوق أصلاً والنتيجة، أن البيع صحيح بثمن المثل، ولو لم يتحدد الثمن بواسطة الطرف الثالث الذي عهد إليه مهمة التقدير حيث تقوم المحكمة بهذا التقدير. كذا يعتبر البيع صحيحاً في القانون المدني المعدل إذا تمكن الأجنبي من تقدير الثمن ولم يقبله البائع، والمشتري، فيكون للمحكمة تقديره، بثمن المثل. ولم يرد نص على ذلك بالقانون التجاري.

٢ - مدى التزام المتعاقدين بالثمن الذي يحدده الطرف الثالث:

١١٣(م) - إذا انتهى الطرف الثالث من تقدير ثمن المبيع فالفرض أنه ملزم لكل من البائع والمشتري[٢١١] ومبدأ الالتزام لا يخرج عن كونه مجرد تطبيق لنص المادة ١٩٦ من القانون المدني، بأن العقد شريعة المتعاقدين. وعلى هذا نص المادة ٤٥٩ قبل تعديله وإجماع الفقه، والقضاء. وتأسيساً لمبدأ الالزام بالثمن الذي يقدره الطرف الثالث، رأت محكمة النقض - مع ذلك - بأنه، إذا ترك الطرفان في عقد البيع، تحديد الثمن الأجنبي، يتفقان عليه وقت العقد. فيكون الثمن في هذه الحالة قابلاً للتقدير، بتفويض الأجنبي في تقديره وما يقدره هذا الأجنبي ثمناً للمبيع، يعتبر ملزماً لكل من البائع، والمشتري، فهو وكيل عنهما.....[٢١٢] فالمحكمة، وإن جعلت الثمن الذي يحدده الطرف الثالث، ملزماً للبائع، والمشتري، إلا أنها بررت ذلك بكون الأجنبي وكيلاً عنهما.

١١٤ - ومبدأ الالزام بالثمن الذي حدده الطرف الثالث، يعتبر في رأينا مجرد تطبيق لقاعدة أعم، وأشمل، هي التزام المتعاقدين بما اتفقا عليه فالطرفان

---

(٢١١) سواء بنص م٤٥٩ قبل تعديله بالمرسوم بقانون رقم ١٩٩٦/١٥ - أو بالقانون الفرنسي - (م١٥٩٢) - أو إعمالاً للمبادىء العامة في القانون المصري.

(٢١٢) نقض ١٩٨٨/٥/٨ شعلة/ ص٤٤/ رقم ١٦.

تراضيا، على أن يقبلا الثمن الذي حدده الطرف الثالث. فوجب الأخذ بما سبق أن تراضيا عليه، دون الحاجة، للقول بالوكالة عنهما، كأساس للالتزام بالثمن. فالقول بأن تحديد المفوض للثمن ملزم أو نهائي للطرفين باعتباره وكيلاً عنهما - محل نظر. فالوكالة، وهي حلول إرادة الوكيل، محل إرادة الموكل في إبرام تصرف قانوني معين، تنصرف آثاره إلى ذمة الموكل، لا إلى ذمة الوكيل، لا تكون إلا في التصرفات القانونية. بينما تحديد قيمة المبيع بواسطة الطرف الثالث، مجرد عمل مادي لا تنطبق عليه أحكام الوكالة. هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فالوكيل منفذ لإرادة الموكل، كونه يبرم التصرفات القانونية باسم، ولمصلحة الموكل. بينما تفويض تحديد الثمن لشخص ثالث، مع التزام المتبايعين بهذا التحديد، يعني أنه يفرض إرادته على من وكله، وهما طرفي البيع.

- وإذ نتفق مع الحكم السابق، في التزام المتبايعين بالثمن الذي حدده الطرف الثالث. فإنه هذا الالتزام لا يخرج عن كونه مجرد تطبيق لقاعدة الأثر الملزم للعقد. ولا شأن له، بالوكالة عنهما، حملاً على الأسباب التي ذكرناها آنفاً.

- ويعتبر الثمن ملزماً للمتعاقدين، ولو كان غير عادل، بأن كان أقل، أو أزيد من قيمة المبيع. كذا، يتعين على المحكمة عدم التدخل في تقدير الثمن الذي انتهى إليه الأجنبي حتى ولو كان مبالغاً فيه أو كان أقل من قيمة المبيع.

ومع ذلك، يجوز إعمالاً للقواعد العامة، الطعن في تقدير الطرف الثالث للثمن، إذا خرج عن حدود التفويض المحدد بالاتفاق مثلا[٢١٣]، وكذا، إذا وقع في غلط جوهري في تقدير قيمة المبيع، أو كان ثمة تدليس.

١١٥ - وقد عدل المشرع الكويتي حديثاً عن مبدأ إلزام المتبايعين بالثمن الذي يقدره الأجنبي بنصه بالمادة ٤٥٩ مدني، المعدلة بقانون ١٥/١٩٩٦ على أن تقدير الأجنبي للثمن، غير ملزم، إلا إذا رضي المتعاقدان بهذا التقدير. وعن اختلافهما يعقد بثمن المثل، أي يكون للمحكمة سلطة تقدير الثمن.

(٢١٣) الأهواني - مرجع سابق - ٢٣٢. ونقض ٩ أبريل ١٩٩١ - المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٩٢/ ص١٣٣ تعليق P.y. Gautier.

وبررت المذكرة الإيضاحية للنص المعدل ذلك، بأن ترك تقدير الثمن الأجنبي يجعله غير معلوم للمتعاقدين عند التعاقد، وهي مبررات غير مقبولة، وتتشدد في تقدير إرادة المتعاقدين وتؤدي بالتالي إلى كثير من التعقيدات. فضلاً عما تتضمنه من التوسع في حالات إحلال القاضي تقديره محل المفوض بتحديد الثمن، وهو أمر منتقد.

فهي أولا مبررات غير مقبولة، لأن أطراف البيع بإحالتهما تحديد الثمن الأجنبي، ارتضيا بهذا التقدير مسبقاً. والقاعدة أن الثمن إن لم يكن مقدراً في العقد وقت إبرامه، لا يكون باطلاً إذا اشتمل على أسس صالحة لتقديره، ومن ذلك تفويض الأجنبي تقدير قيمة المبيع. فليس ثمة جهالة، طالما أن الثمن لا يشترط أن يكون مقدراً، خصوصاً، وأن نصوص التقنين الكويتي، وما ورد بصدر المادة ٤٩٥ المعدلة - قاطعة في ذلك[٢١٤]. أما أن يتفقان بداية على تفويض تقدير الثمن لطرف ثالث، ولا يكون هذا التقدير ملزماً لهما إلا برضائهما مرة أخرى فإنه يهدر كل قيمة قانونية لاتفاقهما الأول ويخالف قاعدة القوة الملزمة للعقد.

١١٦ - والنص المعدل، ينطوي على تشدد في تقدير دور الإرادة. فيشترط الاتفاق بداية على ترك تقدير الثمن لأجنبي، ويشترط رضاء المتعاقدين - مرة أخرى - بالتقدير الذي يتوصل إليه هذا الأجنبي وإلا كان للمحكمة التدخل في تقدير الثمن، بثمن المثل. وهو تناقض لا نفهمه، فالمشرع الذي يبالغ في تقدير إرادة المتعاقدين، بعدم إلزامهما بالثمن الذي يحدده الأجنبي، ويشترط الرضا به مرة أخرى يجوز من ناحية ثانية على إرادة المتعاقدين، فيخول المحكمة أن تحل محل إرادتهما في تقدير الثمن، وهو ركن من أركان العقد. فيكون للمحكمة بذلك تكملة إرادة المتعاقدين.

- والتعديل الوارد بقانون ١٥/١٩٩٦ - يؤدي إلى تعقيدات عدة: فقد أشرنا آنفاً بأن تفويض المتعاقدين لأجنبي تقدير الثمن، والاختلاف بعد ذلك في اختيار هذا الاجنبي يترتب عليه عدم انعقاد العقد. ويتساوى ذلك - منطقياً، والحالة التي لا

---

(٢١٤) وهو قضاء مستقر للنقض المصرية مثلاً نقض ٢٨/١/١٩٨٠ - أحكام النقض س٣١ - ص٣١٨ - نقض ٢٦/١٠/١٩٨٧ - شعلة - ص٤٤ - رقم ١٥.

يتمكن فيها الأجنبي من تقدير الثمن، ففي الفرضين يتخلف عنصر جوهري في العقد. وبذا، يعتبر البيع كأن لم يكن . أما التفرقة التي أقامها المشرع الكويتي بين الفرضين، فاعتبر البيع باطلاً في الحالة الأولى، وصحيحاً في الحالة الثانية، وصحيحاً كذلك، إذا تمكن الأجنبي من تقدير الثمن، ووقع اختلاف في التقدير، على سند من القول، بأن للمحكمة سلطة التقدير، بثمن المثل. فمردود عليه بأن الاتفاق عهد إلى هذا الأجنبي بالتحديد، تقدير الثمن، فلا يكون للمحكمة هذه السلطة.

- ويرى الفقه في عمومه(٢١٤م) بأن ترك تقدير الثمن لأجنبي، يساهم في إنقاذ العقود، خصوصاً إذا كانت قيمة المبيع كبيرة أو لم يستطع البائع والمشتري تقدير قيمة المبيع إبرام العقد. وبذا، يكون ترك التقدير لطرف ثالث، بمثابة ضمان أو احتياط كاف يقيهما المنازعات المحتملة. وهذه الطريقة لتقدير الثمن، لا تحقق وظيفتها ما لم يكن تقدير الأجنبي للثمن، ملزماً للمتعاقدين. فإذا ورد النص على حق المتعاقدين إعادة النظر في تقدير الأجنبي، أو رفض هذا التقدير - كما هو الحال بالنص المعدل - فإن ذلك لا يسمح بإنقاذ العقد، ولا حل المنازعات المحتملة. فضلاً عما يتضمنه من ضياع للوقت والجهد، والنفقات.

وكان ينبغي - في اعتقادنا - تلافياً للنتائج السابقة أن يكون الثمن الذي يقدره الأجنبي ملزماً، خصوصاً، وأنهما ارتضيا بداية، تفويض تحديد الثمن لهذا الأجنبي(٢١٥). وألا يخول للمحكمة سلطة تقدير الثمن.

- وأخذاً من النص المعدل، ثمة فرض يمكن تصوره عملاً، يتحدد فيه الثمن على ثلاث مراحل. الأولى، يتفق فيها البائع والمشتري على تفويض أجنبي تقدير قيمة المبيع، مع الاتفاق كذلك على تعيين شخص المفوض. وفي المرحلة الثانية، يتمكن الأجنبي فعلاً من تقدير الثمن، فلا يرضى به طرفي البيع فيحال أمر تقدير الثمن في مرحلة ثالثة إلى المحكمة لتقديره بثمن المثل.

(٢١٤م) مثلاً Frison - Roche - عدم تحديد الثمن - المجلة الفصلية للقانون المدني/ ١٩٩٢/ ص٢٦٩.

(٢١٥) كما هو الحال، بنص المادة ١٥٩٢ مدني فرنسي - والأغلب الأعم في الفقه المصري - رغم عدم وجود نص خاص، وإنما أخذاً من القواعد العامة.

وليس من المعقول أن يتحدد الثمن، وهو عنصر جوهري في البيع على هذه الصورة، بما تتضمنه من ضياع للوقت، والجهد والنفقات. ومردود على ذلك بأن تقدير الأجنبي للثمن يجعله غير معلوم للمتعاقدين عند التعاقد، ويخالف المبدأ المستقر بالقانون الكويتي، وهو العلم بأركان البيع (المبيع، والثمن) أما المبيع، فقد تكفلت به - كما أسلفنا - المادة ٤٥٦ مدني - التي أوجبت ضرورة علم المشتري بالمبيع علماً كافياً، ولم تكتف لذلك، بالقواعد العامة في تعيين محل العقد. واتساقاً مع مبدأ العلم بالمبيع نصت المادة ٤٥٩ مدني معدل على ضرورة الرضاء بالثمن «الركن الثاني» الذي يقدره الأجنبي، وبه يتوافر العلم والأهم من ذلك تناسق أو انسجام النصوص التشريعية، وتتحقق حماية المتعاقدين. ومردود على ذلك بأن الأجنبي في تقديره للثمن، لا يتجاوز حدود المهمة الموكولة إليه، وإلا جاز الطعن في تقديره كما اشترط الفقه، والقضاء فيمن يعهد إليه تقدير الثمن أن يكون أجنبياً، ومستقلاً عن سلطة التقدير، ويجب أن يكون تقديره دقيقاً. وفي كل الحالات تتحقق حماية المتعاقدين من إمكانية الطعن على تقديره للثمن، بالغلط، أو التدليس، أو بتجاوز حدود مهمته. أما اشتراط الرضاء بالتقدير مرة أخرى، فيعقد إبرام العقود ويعلق أهم أركان البيع «وهو الثمن» على تعبير إرادي آخر. ويفتح الباب على مصراعيه لمنازعات شتى بشأن المبيع الذي تتغير قيمته ارتفاعاً، وانخفاضاً خلال فترات زمنية قصيرة فقد يترك تقدير الثمن لأجنبي، وعندما ينتهي من التقدير، تتغير قيمة المبيع ارتفاعاً أو انخفاضاً - وفي الحالة الأولى - أخذاً من النص المعدّل - لن يقبله البائع. وفي الحالة الثانية، يرفضه المشتري. ولا يغير من ذلك، أن يكون الثمن، قد تحدد طبقاً لمعايير موضوعية، طالما أن تقدير الثمن ذاته - غير ملزم للمتعاقدين بالنص المعدل.

- ومقابل ذلك فقد استقر قضاء النقض المصرية[٢١٥م] أو الفرنسية[٢١٥م أولا] على أن تقدير الثمن الذي انتهى إليه الأجنبي ملزم للمتبايعين، وللمحكمة على السواء، ولا يجوز للقاضي، أن يحل تقديره - هو - محل تقدير من فوّضه البائع،

(٢١٥م) مثلاً نقض ٨/ ٥/ ١٩٨٨ - شعله/ ص٤٤/ رقم ١٦.

(٢١٥م أولا) مثلاً نقض تجاري ٢٧ ابريل ١٩٦٨ - بلتان مدني - ٤ - ١٤١ - ونقض تجاري ٢٥ مايو ١٩٨١ - المجلة الفصلية للقانون المدني - ١٩٨١ - ٨٢٩ - ونقض مدني ١٦ مايو ١٩٨٤ - بلتان مدني - ١ - رقم ١٦٤.

والمشتري تحديد الثمن، وذلك أخذاً بمبدأ تقليدي يحظر على المحاكم - تكملة إرادة المتعاقدين بتحديد عنصر جوهري من عناصر العقد «كالثمن في البيع».

٣ - الطبيعة القانونية لوظيفة الطرف الثالث:

١١٧ - لا شك، أن وظيفة الطرف الثالث المنوط به تقدير قيمة المبيع - في حالة تكليفه بذلك من المتبايعين، لا يعد تحكيماً. وإن أطلق عليه بنص المادة ١٥٩٢ من القانون المدني الفرنسي، تحكيم الغير L'arbitrage d'autrui. فالتحكيم، يفترض نزاع أو خصومة. بينما يقوم الطرف الثالث بتحديد قيمة المبيع، أي بتكملة اتفاق المتبايعين اللذين أرجأ، أحد أركانه إلى الطرف الثالث[٢١٦].

كذا، لا يعتبر من عهد إليه تقدير الثمن خبيراً، خاصة، وقد انتهينا بأن تقدير الطرف الثالث للثمن ملزم للمتبايعين في القانونين المصري، والفرنسي. بينما يقوم الخبير بعمل استشاري بحث غير ملزم[٢١٧] ولا يغير من ذلك أن يكون تقدير الطرف الثالث للثمن غير ملزم بالقانون الكويتي، أخذاً بالتعديل الوارد بالمرسوم بقانون ١٥/١٩٩٦. فحتى في هذا الفرض، اتفاق المتعاقدين على تحديد الثمن بواسطة شخص ثالث، يختلف عن اختيار الخبير، الذي يلزم له، اتباع الإجراءات التي رسمها قانون المرافعات الكويتي لعمل المحكمين، وأهل الخبرة[٢١٨].

- كذا، لا يعتبر الاتفاق على تفويض الطرف الثالث، تحديد الثمن بمثابة الصلح. فالصلح عقد يحسم به عاقدان نزاعاً قائماً بينهما، أو يتوقيان به نزاعاً

---

(٢١٦) من هذا الرأي، ماليري، وآينيس/ ص١٥٣/ بند ٢٠٤.

(٢١٧) البدراوي/ ص١١٢/ بند ٦٧ - الأهواني/ ص٢٣٥/ بند ٣٠٥.

(٢١٨) وذهب البعض - فيما رأينا - بأن المفوض إليه تقدير ثمن المبيع، وكيل عن المتبايعين - الأهواني/ موضع سابق - وهو، كذلك - رأي ماليري، وآينيس لرفضهما اعتباره مجرد محكم.

محتملاً، بأن يترك كل منهما، على وجه التقابل عن جانب من ادعائه. وليس الحال كذلك في الاتفاق على تفويض طرف أجنبي، تقدير قيمة المبيع(٢١٩).

ولَمّا كان، الأجنبي المنوط إليه تقدير الثمن، لا يعتبر محكماً، ولا خبيراً، والاتفاق عليه ذاته، لا يعتبر صلحاً. فنرى - تبعاً لذلك أنه اتفاق من طبيعة خاصة. Sui - Generis. في القانونين الفرنسي والمصري، أو بالنص الأصلي للمادة ٤٥٩ مدني كويتي بينما انعكست قاعدة عدم التزام المتعاقدين بتقدير الأجنبي للثمن، بالنص المعدل على الطبيعة القانونية لوظيفة الأجنبي، حيث لا مناص من التسليم بفكرة الوكالة، وعليه لذلك، ألا يتجاوز الحدود المرسومة لوكالته، وهي تقدير ثمن المبيع.

ثانياً - تحديد الثمن بسعر السوق(٢٢٠):

١١٨ - قد يجعل البائع والمشتري، تحديد الثمن إلى سعر السوق، أي للسعر الجاري في السوق للسلعة محل البيع، فيعتبر ذلك أساساً صالحاً لتقدير الثمن بنص م٤٦٠ مدني، وكذا بنص م١٢٣ تجاري.

ويقصد بسعر السوق - بداية - السعر الجاري في مكان ما، يوم البيع، أو اليوم الذي يتفق عليه المتبايعان، وقد يثور الخلاف، في شأن تحديد الزمان، أو المكان الذي يرجع إليه لتحديد سعر السوق. فلا يعرف مثلاً هل المقصود بالمكان، مكان دفع الثمن، أو مكان تسليم المبيع، أو مكان إبرام البيع.

---

(٢١٩) من هذا الرأي خصوصاً - البدراوي/ ص١١٣/ بند ٦٧ - وآراء أخرى في الشرقاوي/ ص١٣٨.

(٢٢٠) ويسمى في مصر - بالبيع على الوجه، أو البيع بالكونتر. فحكم مثلاً. بأن البيع على الوجه، أو البيع بالكونترات صحيح لأنه لا يختلف عن البيع إلا في ترك تحديد السعر «الثمن» للسوق أو البورصة على الأسس التي توضح في تلك العقود، والتي تؤدي إلى تعيينه بلا نزاع.. نقض ١٩٥٧/٦/٢٧ - مجموعة أحكام النقض - س٨ - ص٦٤٣ - ويسمى في الفرنسية Vente au Cours - نقض تجاري - ٩ أبريل ١٩٩١ - ج س ب - ١٩٩١ - ع - ٢٢٦ - وماليري، وآينيس/ ص١٥٤/ بند ٢٠٧.

وقد يثور الشك كذلك في معرفة الزمان الذي يرجع إليه لتحديد سعر السوق فهل هو وقت البيع، أو وقت تسليم المبيع. . . الخ.

ولم يشأ المشرع الكويتي، كنظيره المصري، أن يترك هذه المسألة بدون نص، ينظمها. وإن اختلف الحكم في التقنين المدني عنه في قانون التجارة.

ففي التقنين المدني، نصت الفقرة الثانية للمادة ٤٦٠ على أنه يكون سعر السوق في زمان البيع، ومكانه، هو المعتبر. فإن لم يكن في مكان البيع سوق، اعتبر المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره سارية. وذلك كله ما لم يتفق على غيره. بينما نصت المادة ١٢٣ من قانون التجارة على أن العبرة بسعر السوق في المكان، والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري. فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية».

وفي كل الحالات فهذه النصوص، تتضمن قاعدة مكملة، بحيث لا ينطبق إلا إذا لم يتفق الطرفان على تحديد الزمان، والمكان اللذين يرجع إليهما لتحديد سعر السوق. وليس بلازم أن يكون الاتفاق على اعتبار سعر السوق أساساً لتقدير الثمن، صريحاً متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة، أو على أساس ما يجرى في التعامل بينهما.

ثالثاً - الثمن الذي اشترى به البائع كأساس لتحديد قيمة المبيع

١١٩ - نص المشرع الكويتي على هذه الطريقة، لتحديد الثمن بالمادة ٤٦٢ مدني. التي أجازت البيع توليه، أو إشراكا، أو مرابحة، أو وضيعة، إذا كان الثمن الذي اشترى به البائع معلوماً وقت العقد. وكان مقدار الربح في المرابحة، ومقدار الخسارة في الوضعية محددا.

وهذا النص، لا مثيل له بالقانون المصري، أو القوانين التي حذت حذوه، وإنما، جاء به المشرع الكويتي، متأثراً ببيوع الأمانة في فقه الشريعة الإسلامية. وتفسير ذلك أن المتعاقدين، قد يتفقان على أن يتخذ الثمن الذي سبق أن اشترى به البائع أساساً لتقدير ثمن المبيع «فيشتري، المشتري بمثل ما اشترى به البائع أو أزيد، أو أقل، بشرط أن يكون مقدار الزيادة «الربح» أو «النقص» الخسارة محددا.

وبيوع الأمانة، الواردة، بالنص السابق تفترض بداية توفر الأمانة لدى البائع في الإعلام عن الثمن الذي اشترى به المبيع. وإلا كان البيع مشوباً بالغش، والتدليس. ويجوز للمشتري إثبات واقعة الغش بكافة طرق الإثبات.

كما تفترض بيوع الأمانة، إعلام البائع عن الثمن وقت إبرام العقد. فإذا لم يكن الثمن معلوماً، وقت إبرام العقد كان البيع باطلاً، وذلك لتخلف الأساس الحقيقي لتقدير قيمة المبيع.

وينبغي على البائع - أخيراً - أن يحيط المشتري علماً بملابسات الثمن وما اقترن به من أوصاف قد تؤثر في رضائه بالصفقة(٢٢١) باعتبار أن هذه الملابسات، أو الأوصاف تكون محل اعتبار لدى المشتري عند تحديد قيمة الربح، أو الخسارة - ومن ذلك مثلاً، يقع على عاتق البائع إعلام المشتري بما إذا كان قد اشترى السلعة بثمن فوري، أو على أقساط. وإذا كان المبيع، منزلاً، يقع على عاتق البائع إعلام المشتري بالضرائب، والرسوم وسائر التكاليف العقارية، التي قد يتحملها مستقبلاً.

ولا ريب أن إعلام البائع بظروف، وملابسات الثمن، تؤثر في رضاء المشتري - وبذا، فإن الكذب فيها، أو الانتقاص منها، يعتبر تدليساً، ولذا نصت الفقرة الثالثة من المادة السابقة على أنه، يعتبر تدليساً، كتمان البائع الملابسات التي أحاطت بشرائه، إذا كان من شأنها أن تؤثر في رضاء المشتري.

وعلى ذلك، فإن بيوع الأمانة، الواردة بالنص السابق، تلقى على عاتق البائع التزاماً مزدوجاً بالمصارحة، أو بالإفضاء de renseignement فهو يلزم بداية ببيان الثمن الحقيقي، بحيث إذا ثبت أنه أقل مما ذكره البائع، لا يكون العقد باطلاً، وإنما يكون للمشتري طلب إنقاص الثمن إذا كان لم يدفعه كاملاً. ويكون له - أخذاً من القواعد العامة - استرداد القدر الزائد عن حقيقة الثمن، إذا كان قد دفعه فعلاً.

فإن لم يكن قد دفعه فعلاً، فلا يلتزم بالوفاء به(٢٢٢).

وفي كل الحالات فإن إثبات حقيقة الثمن تعتبر واقعة مادية، يكون للمشتري إقامة الدليل عليها بكافة طرق الإثبات.

---

(٢٢١) المذكرة الإيضاحية - للنص - ص٣٦٩ - الأهواني/ ص٢٤١/ بند ٣١١ - جمال زكي/ ص١٣٨/ بند ٦٦.

(٢٢٢) ويكون له - في جميع الأحوال - أن يرجع بالتعويض على البائع طبقاً للقواعد العامة، إذا أثبت الغش، أو التدليس.

كذا يلتزم البائع بالإفضاء، أو المصارحة بشأن ما أحاط بالثمن من ملابسات، وما اقترن به من أوصاف، قد تؤثر في رضاء المشتري بالصفقة. وإلا كان البيع مشوباً، بعيب التدليس إعمالاً لحكم م٤٦٢/ ٣ من القانون المدني التي جاءت، فضله، وزائدة لا فائدة منها. طالما أن الحكم لوارد بها لا يخرج عما سبق أن قدرة المشرع بالمادة ١٥٢ من الاقنون المدني - بأن الكذب في الإدلاء بالمعلومات عن وقائع التعاقد وملابساته، يعتبر حيلة تدليسية، خصوصاً، وأن الإخلال بواجب الصدق، والمصارحة يفرضه، طبيعة المعاملة، خصوصاً وأن المشرع قد تأثر في نص م٤٦٢ ببيوع الأمانة في فقه الشريعة الإسلامية. ومن أمثلة الظروف، والملابسات التي تقع على عاتق البائع، إعلام المشتري بها، أن يكون الأول قد اشترى المبيع بالتقسيط، بحيث يعتبر ذلك عنصراً لارتفاع الثمن، مقارنة بالثمن الفوري فوجب إعلام المشتري بذلك.

أما إذا لم يكن الثمن الذي اشترى به البائع معلوماً وقت العقد، فإن البيع لا ينعقد، لتخلف الأساس الحقيقي لتقدير الثمن.

ويثور التساؤل، بصدد الصور المختلفة من بيوع الأمانة الواردة بالنص السابق؟

والواقع أن المشرع قد عرض بالمادة ٤٦٢ إلى بيوع التولية، والإشراك والمرابحة، والمواضعة، على النحو الآتي:

أ - بيوع المرابحة:

١٢٠ - القاعدة - في بيوع الأمانة أن المشتري، يحصل على السلعة من البائع، على أساس الثمن الذي اشترى به مطمئناً إلى أمانته، فإذا زاد عليها قدراً من الربح سمي البيع مرابحة. بشرط أن يكون هذا القدر معلوماً.

ب - بيوع المواضعة:

١٢١ - أما إذا حصل المشتري على السلعة بأقل من الثمن الذي اشترى به البائع بقدر معلوم وهو ما يحدث عادة. إذا تعيب المبيع، مثلاً، أو مضى عليه زمن طويل، كما هو الحال في بيوع السيارات، والملابس الجاهزة... الخ ففي هذه الفروض، وغيرها يتحمل البائع خسارة تتمثل في الفرق بين الثمن الذي اشترى به، والثمن الذي باع به السلعة. ويسمى البيع في هذه الحالة وضيعة أو مواضعة.

جـ - بيوع التولية:

١٢٢ - وهو البيع الذي لا يزيد فيه الثمن، ولا ينقص عما سبق أن اشترى به البائع، فيشتري المشتري من البائع بمثل ما اشترى به هذا الأخير. بشرط أن ينصب العقد على مجموع المبيع.

د - بيوع الاشراك:

١٢٣ - والمقصود بذلك أن يشتري الشخص جزء من المبيع بما يقابله من الثمن، من دون زيادة، ولا نقص عما اشترى به البائع[٢٢٣].

وجدير بالملاحظة أنه لا يوجد نص بالقانون المصري ينظم بيوع الأمانات. وليس ما يمنع من الأخذ بما تتضمنه من أحكام إعمالاً للقواعد العامة. وعلى ذلك ينعقد البيع صحيحاً إذا كانت البيانات التي أدلى بها البائع بخصوص الثمن صحيحة، سواء تم البيع مرابحة، أو وضيعة، أو توليه، أو إشراكاً. فإن كانت البيانات المذكورة كاذبة بخصوص الثمن أو ملابساته كان للمشتري أن يثبت بكافة وسائل الإثبات صحة الثمن. وبه يعاد تقدير الثمن على أساس الثمن الذي أثبته المشتري[٢٢٣م].

المحور الثاني - التحديد القانوني للثمن:

١٢٤ - على عكس التقدير الاتفاقي للثمن، فقد يتدخل القانون أحياناً - لفرض ثمن بعض السلع، إذا دعت إلى ذلك مصلحة عامة وعندئذ، تختفي حرية المتعاقدين في الاتفاق على ما يزيد عن الثمن المحدد قانونا - فيما يسمى بالتسعير الجبري[٢٢٤].

---

(٢٢٣) المذكرة الإيضاحية، تعليقاً على المادة ٤٦٢ مدني - ص٣٦٩ - ولا مثيل لهذه البيوع بالقانون المدني المصري، أو الفرنسي. وتفصيلاً - السنهوري والفقي/ ص٤٧١/ بند ٢٠٩ - السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي/ ص١٦٦.

(٢٢٣م) تناغو/ ص١٠٨.

(٢٢٤) فالجزاء على مخالفة أحكام التسعير الجبري، ليس البطلان، ولا الإبطال ولا الإبطال الجزئي للعقد، وإنما هو جزاء يتناسب وطبيعة التسعير ذاته.

ولعل هذا ما قصده المشرع الكويتي بالنص في قانون رقم ١٠/ ١٩٧٩ على جواز إخضاع بعض السلع، لنظام التسعير. وأحال في تحديد هذه السلع، والأسعار المحددة لها على صدور قرار من وزير الصناعة، والتجارة.

- بينما نصت المادة ١٢٧ من قانون التجارة على عدم سريان قوانين التسعير الجبري، وقراراته على ما انعقد من بيوع قبل سريانها، ولو كان الثمن مستحقاً في تاريخ لاحق.

- فإذا خالف البائع قانون التسعير، فإن للمشتري - أخذاً من الفقرة الثانية للمادة المذكورة - حق الامتناع عن دفع الجزء الزائد من الثمن، كما يكون له استرداد هذا الجزء الزائد من البائع، إن كان قد تم الوفاء به(٢٢٥).

الشرط الثالث - أن يكون الثمن حقيقياً، وجدياً:

١٢٥ - قدمنا بأن البيع عقد ملزم للجانبين، يلتزم فيه البائع بنقل ملكية شيء أو حق مالي آخر للمشتري مقابل التزام الأخير يدفع الثمن نقداً.

ويلزم حتى نكون بصدد عقد بيع، أن يكون الثمن الذي اشترى به المشتري حقيقياً، لا صورياً، كذا يجب أن يكون جدياً، وليس تافهاً.

وفرق بين حقيقة الثمن، وجديته، فبينما يقصد بالأول، ألا يكون صورياً فإن جدية الثمن معناها، ألا يكون تافهاً. وفرق مرة أخرى بين الثمن الصوري، والتافه. فبينما يقصد بالأول، اتجاه الإرادة صراحة، أو ضمناً إلى عدم الزام المشتري بدفع الثمن أصلاً. أو أن البائع لم يقصد مطالبة المشتري به. فهو ثمن لا وجود له في الحقيقة، رغم ذكره في العقد(٢٢٦).

---

(٢٢٥) بوصفه موجهاً للسياسة الاقتصادية للدولة - وتفصيلاً الأهواني/ ص٢٥١/ بند ٣٢٠.

(٢٢٦) ومن الفقهاء، تناغو - ص١١٣ / بند ٢٧ - من يجمع بين الثمن التافه، والصوري في معنى واحد. وعكس ذلك، الأهواني - ص٢٥٥ - البدراوي - ١١٥ / بند ٧١ - وعندنا أنهما يختلفان في المعنى، ويتفقان في النتيجة، فالثمن التافه قد يصل إلى حد الصورية، وكلاهما يمنع أن يكون الثمن حقيقياً، وجدياً - الشرقاوي/ ص١٢٢/ بند ٤٤.

– أما الثمن التافه، فهو الذي لا يتعادل فيه قيمة المبيع مع الثمن، كبيع منزل قيمته مائة ألف دينار، بعشرة آلاف فقط. ويضرب الفقه[٢٢٧] مثالاً على ما يعتبر ثمناً تافهاً، حالة بيع العقار بثمن، هو إيراد مرتب لمدى حياة البائع لكن مبلغ المرتب يقل عن ريع العقار. وتفسير ذلك أن المشتري في هذا الفرض لا يدفع شيئاً من ماله، بل يدفع جزءاً من الإيراد، ويحتفظ بالباقي لنفسه ولذا، أكدت محكمة النقض، أن الإيراد – في هذا الفرض – دون ريع المنزل بما يجعل الثمن معدوماً، فيعتبر باطلاً كبيع، وهبة صحيحة[٢٢٨].

ومعنى ذلك، أن الثمن التافه تنطبق عليه ذات الأحكام بالنسبة للثمن الصوري فكلاهما – على الأخص – يخفي هبة، ولا تنشأ إلا إذا كانت بورقة رسمية.

ومجمل القول، أنه بينما ينظر إلى صورية الثمن بتحليل إرادة المتعاقدين فإن تفاهة الثمن، يتم النظر فيها بمقارنة الثمن المسمى بالعقد، بالقيمة الفعلية للمبيع. ومع ذلك، فإن الثمن الصوري، كالثمن التافه، يعدم ركناً من أركان البيع.

– وجدير بالملاحظة، أن العبرة بصورية الثمن وقت إبرام البيع، ولذا لا يغير من اعتبار الثمن حقيقياً، ثبوت نزول البائع عنه بعد البيع، ما دام العبرة في الصورية، أو عدمها، وقت انعقاد العقد.

– وكذا، فإن الفصل في جدية الثمن، مسألة موضوعية، يترك تقديرها لمحكمة الموضوع. بدون رقابة محكمة التمييز[٢٢٩].

– وإذا كان الثمن التافه، يعدم جدية الثمن، والثمن الصوري يمس حقيقية

---

(٢٢٧) السنهوري – جـ٤ – بند ٢١٦ – وفي الفقه الفرنسي – ماليري، وآينيس – ص١٥٨ / بند ٢١٣ / وبند ٢١٥ – والمثال مأخوذ عن قضاء أول مايو ١٩١١ – دالوز الدوري – ١٩١١ – جـ١ – ٣٥٣.

(٢٢٨) في هذا المعنى، نقض ٢٥/١١/١٩٦٢ – مجموعة أحكام النقض – س١٣ – ص١٢٧ – قاعدة ١٩/ تناغو/ ص١١٣.

(٢٢٩) الأهواني/ ص٢٥٦/ بند ٣٢٤ ونقض فرنسي – ١٨يناير ١٩٩٤ – دالوز – ١٩٩٤ – مختصرات – ٦٨.

الثمن – كما قدمنا – فإنه ينبغي التفرقة من جهة أخرى بين الثمن التافه Vil-Prix والثمن البخس derisoire. والأخير، لا يمس بجدية الثمن، وإنما يصلح مقابلاً لالتزامات البائع وإن جعل في البيع – مع ذلك – غبن من ناحية البائع(٢٣٠) والغبن بدوره، لا يؤثر على صحة العقد، ما لم يقترن باستغلال البائع لحاجة ملجئه، أو طيشاً بيناً، أو ضعفاً ظاهراً، أو هوى جامحاً. . . في نفس المشتري. فيعتبر عندئذ، استغلالاً، يعيب الإرادة. ويخول للمشتري طلب إبطال البيع إعمالاً لحكم المادة ١٥٩ مدني.

١٢٦ – وقد خرج المشرع على المبدأ العام السابق، بنصه في المادة ١٦٣ من القانون المدني على أنه إذا نتج عن العقد، غبن فاحش للدولة، أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، أو لأحد عديمي الأهلية وناقصيها، أو لجهة الوقف، جاز للمغبون أن يطلب تعديل التزام الطرف الآخر، أو التزامه هو بما يرفع عنه الفحش في الغبن، ويعتبر الغبن فاحشاً، إذا زاد عند إبرام العقد عن الخمس.

كما رخص المشرع، لمن يتعاقد مع المغبون الذي يطعن بالغبن، أن يتوقى، زيادة عبء التزامه بما يرفع الغبن الفاحش، وذلك بمنحه الحق في طلب فسخ العقد – م١٦٤ مدني.

– ومعنى ذلك أن الثمن البخس، وإن جعل في البيع غبن من ناحية البائع لا يؤثر – كأصل عام – على صحة البيع. فإذا زاد الغبن عن الخمس من قيمة المبيع في العقود التي تبرمها الدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، أو جهة الوقف أو عديمي وناقصي الأهلية، اعتبره المشرع الكويتي غبناً فاحشاً فلم يتركه دون جزاء. فأجاز لهؤلاء، طلب تعديل الالتزامات، بما يرفع الغبن الفاحش. والوقت الذي يعتد به في تقدير الغبن الفاحش «الثمن البخس» هو وقت البيع،

---

(٢٣٠) في هذا المعنى – نقض تجاري/ ٣ مايو ١٩٥٩ – بلتان مدني – ٣/ ١٩٣.

وليس وقت رفع الدعوى، أو الحكم فيها. وبذا، إذا كانت قيمة المبيع ١٠٠٠ د.ك وقت إبرام العقد مثلا وبيع بـ ٧٥٠ د.ك فقط، وكان المغبون شخصا ممن ورد ذكرهم بنص م١٦٣ - فإن الغبن الفاحش يكون قد تحقق. ولو انخفضت قيمة المبيع بعد ذلك، فأصبحت مساوية للثمن الذي تم به البيع.

- والثمن الذي يحسب على أساسه الغبن، هو المبلغ النقدي الذي يستحقه البائع، بصرف النظر عن المصروفات التي أنفقها المشتري، كرسوم التسجيل وغير ذلك فهي لا تعود بفائدة على البائع ولا تدخل - بالتالي في حساب الثمن.

- ونخلص مما سبق أن الثمن التافه، وإن اختلف في معناه عن الثمن الصوري، إلا أن الأول غالباً ما يخفي صورية البيع، فتنطبق عليه نفس أحكامه وعلى عكس ذلك، فإن الثمن البخس، لا يؤثر على جدية الثمن، ولا يجعله معدوماً، فهو، وإن كان يشتمل على غبن من ناحية البائع، فإن الغبن، ليس سبباً بذاته من أسباب إبطال البيع. ما عدا الحالة التي يتم فيها البيع بين الدولة، وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، أو عديمي، وناقصي الأهلية، أو جهة الوقف وينتج عن العقد غبن، يزيد عن الخمس. فاعتبره المشرع الكويتي عندئذ غبناً فاحشاً. وأجاز للمغبون «الدولة» أو غيرها من الأشخاص الوارد ذكرهم آنفاً طلب تعديل الالتزام، بما يرفع عنه الفحش في الغبن. وللمتعاقد الآخر - الحق في طلب فسخ العقد.

- وفيما عدا - هذا الفرض - لا يعتبر الثمن البخس، مؤثراً في صحة البيع فهو ثمن جدي، حتى وإن كان يقل كثيرا عن قيمة المبيع.

الفصل الثاني

آثار عقد البيع

- المبحث الأول: التزامات البائع
- المبحث الثاني: التزامات المشتري

الفصل الثاني
آثار عقد البيع

تمهيد، وتقسيم:

١٢٧ - البيع عقد، ملزم للجانبين، بمعنى أنه ينشىء التزامات على عاتق البائع وأخرى على عاتق المشتري.

فيلتزم البائع بداية بنقل ملكية المبيع إلى المشتري - م٤٦٣ مدني - وتسليمه م٤٦٧ وبعدها من القانون المدني. كما يلتزم بضمان التعرض م٤٨١ وضمان الاستحقاق، وم٤٨٣ -[٢٣١] وضمان العيوب الخفية - م٤٨٩. ومقابل ذلك يلتزم المشتري بالوفاء بالثمن، م٥٠٠ مدني ، ومصروفات البيع م٥٠٧ مدني[٢٣٢] وتسلم المبيع م٥٠٦ مدني.

١٢٨ - وسوف نعرض بداية - لالتزامات البائع - **في مبحث أول، ثم** التزامات المشتري، **في مبحث ثان**.

المبحث الأول
التزامات البائع

١٢٩ - قدمنا بأن البيع، يلقي على عاتق البائع أربعة التزامات أساسية هي نقل ملكية المبيع إلى المشتري - وتسليم المبيع، وكذا، ضمان التعرض، وضمان الاستحقاق - وأخيراً، يلتزم البائع، قبل المشتري، بضمان العيوب الخفية.

وسنعرض - لهذه الالتزامات - تباعاً فيما يلي:

---

(٢٣١) ويلاحظ، أننا نجمع بين ضماني التعرض، والاستحقاق في مطلب واحد. فالأخير، ليس ضماناً مستقلاً عن الأول، فالأصح أنه جزاء على إخلال البائع بضمان التعرض.

(٢٣٢) كما سنجمع بين التزام المشتري بالوفاء بالثمن، ومصروفات البيع في مطلب واحد - وانظر فافار/ ص٥٦.

المطلب الأول:
التزام البائع بنقل الملكية[٢٣٣]:

١٣٠ - يلتزم البائع - كما رأينا - بنقل ملكية المبيع إلى المشتري. على أن تنفيذ هذا الالتزام يختلف في المنقولات عنها بالنسبة للعقارات. كما يختلف في المنقولات، بالنظر لما إذا كان المنقول معيناً بالذات أو معيناً بالنوع.

١٣١ - وسوف نعرض - بداية لماهية الالتزام بنقل الملكية - **في فرع أول**، ثم كيفية تنفيذ الالتزام بنقل الملكية في **فرع ثان**.

الفرع الأول
ماهية الالتزام بنقل الملكية:

١٣٢ - قدمنا، بأن البيع عقد تمليك، يلتزم فيه البائع بنقل ملكية شيء أو بنقل حق مالي آخر، كما هو الحال في الحقوق المتفرعة عن الملكية، كالانتفاع والارتفاق. وإن رأى البعض[٢٣٤] مع ذلك بأن نقل الملكية ليس التزاماً على البائع بقدر ما هو أثر من آثار عقد البيع. وقد أوضحنا - آنفاً - بأن الالتزام بنقل الملكية إلى المشتري، وإن كان أثراً من آثار عقد البيع، إلا أنه يقع في جانب البائع، فيعتبر كذلك التزاماً عليه. وتبعاً لذلك حكم بأن من أهم التزامات البائع ضمان انتقال ملكية المبيع إلى المشتري. فلا يجوز له طلب تثبيت ملكيته إلى العقار المبيع لمجرد أن

(٢٣٣) نعرض لنقل الملكية كالتزام يقع على عاتق البائع. بينما عرض له البعض، بوصفه أثراً من آثار البيع - الأهواني/ ص٣٣٥/ بند ٣٩٤ - وما آثار العقد في نظرنا - سوى الالتزامات التي يرتبها على عاتق طرفيه أي البائع، والمشتري - وحتى مع التسليم، بأن نقل الملكية ليس التزاماً على عاتق البائع، فإن ذلك يتنافى، وصريح المادة ٤٦٦ مدني.. التي تقضي بوجوب قيام البائع بكل ما هو ضروري من جانبه لنقل الملكية.. ويعرض الفقه الفرنسي - لنقل الملكية، كالتزام يقع على عاتق البائع - مثلاً، ماليري، وآينيس - ص١٧٧/ بند ٢٥١ - ودراسة لوفينر - وبلوش - بعنوان الالتزامات بنقل المخاطر في البيع - المجلة الفصلية للقانون المدني - ١٩٨٨ - ٦٧٣.

(٢٣٤) الأهواني/ ص٣٣٥/ بند ٣٩٤ - وسابقاً/ بند ١٤.

المشتري لم يسجل عقد شرائه[٢٣٥] بل إن التزام البائع تمكين المشتري من نقل الملكية يظل باقياً في تركته، بعد وفاته، فيلتزم بها ورثته من بعده[٢٣٦].

الفرع الثاني
كيفية تنفيذ الالتزام بنقل الملكية:

١٣٣ - إذا كان الالتزام بنقل الملكية، أحد أهم الالتزامات التي تقع على عاتق البائع. فإن السؤال، يظل قائماً - مع ذلك - بصدد كيفية تنفيذ الالتزام بنقل الملكية؟ ونبادر إلى القول بأن طريقة نقل الملكية تختلف بحسب طبيعة المبيع. أي بحسب ما إذا كان المبيع، منقولاً، أم عقاراً. وفي الحالة الأولى، تختلف طريقة نقل الملكية في المنقول المعين بالذات عنها بالنسبة للمنقول المعين بالنوع. وتأكيداً لذلك، نصت م٤٦٣ مدني - على أنه، يترتب على البيع نقل ملكية المبيع، إذا كان معيناً بالذات، ومملوكاً للبائع. فإذا لم يعين المبيع إلا بنوعه لا تنقل ملكيته إلا بالإفراز.. وكل ذلك ما لم يقض القانون، أو الاتفاق بغيره، ودون إخلال بقواعد التسجيل. وبالنسبة للعقارات، نصت م٨٩٠ مدني على أنه إذا كان المتصرف فيه عقاراً فلا تنتقل الحقوق العينية، أو تنشأ إلى بمراعاة قانون التسجيل العقاري.

- وبذا، فإن طريقة انتقال الملكية، تختلف في المنقول المعين بالذات عنها بالنسبة للمنقول المعين بالنوع وتختلف في العقارات عنها بالنسبة للمنقولات عموماً على النحو الآتي:

المحور الأول - المنقول المعين بالذات:

١٣٤ - إذا كان المبيع، منقولاً معيناً بالذات، انتقلت ملكية المبيع فور العقد ولذا، ورد نص م٤٦٣ مدني صريحاً، على أنه يترتب على البيع نقل ملكية المبيع إذا كان معيناً بالذات، مملوكاً للبائع. وهذا النص، بمثابة تطبيق لما ورد بنص م٨٩٩

---

(٢٣٥) نقض ٢١/١١/١٩٥٣ - شعلة/ ص٢٠٩/ رقم (٢).
(٢٣٦) نقض ٢٣/١/١٩٤١ - شعلة/ ص١١١/ رقم (٦).

مدني، بأنه إذا كان المتصرف فيه منقولاً معيناً بذاته، انتقل الحق، أو نشأ، فور إبرام العقد.

- ومعنى، انتقال الملكية فور العقد. أن البائع، يفقد ملكيته، ويصبح المشتري، هو المالك، فور إبرام عقد البيع. ويترتب على ذلك نتيجة مؤداها أنه إذا باع (أ) شيئاً معيناً بالذات، ولم يسلمه للمشتري (ب) وقام البائع بعد ذلك ببيعه مرة أخرى إلى (جـ) فإن البيع في المرة الثانية يكون من غير مالك، أخذاً من نص م٤٦٣ مدني - ويكون المشتري الأول (ب) هو المالك الحقيقي. ويجوز - مع ذلك للمشتري الثاني (جـ) أن يتمسك، بقاعدة الحيازة في المنقول، سند الحائز، كسبب لكسب ملكية المنقول، إذا كان حسن النية. وفيما عدا ذلك تظل ملكية المبيع للمشتري الأول.

والبيع الجزاف، يأخذ حكم بيع المنقول المعين بالذات، بحيث تنتقل فيه الملكية إلى المشتري فور العقد. ويقصد ببيع الجزاف، بيع ما يوزن أو يعد، أو يقدر تقديراً إجمالياً. كأن يبيع الشخص، كل البضائع التي في مخزنه. ولا ينفي عن هذا البيع، وصف الجزاف، كون المبيع قد قدر بالعقد، تقديراً تقريبياً، أي بمقدار قابل للعجز، والزيادة. ولا يكون لهذا التقدير أثر إلا في مسألة الضمان - على ما سنرى[٢٣٧].

كذا، يعتبر البيع جزافاً، ولو كان تحديد الثمن، موقوفاً على تقدير المبيع. فالعبرة إذن في البيع الجزاف، ألا يحتاج المبيع في تعيينه إلى تقدير، حتى وإن احتاج الثمن إلى تقدير. والمهم أن البيع الجزاف، كبيع المنقول المعين بالذات تنتقل فيه الملكية فور العقد.

المحور الثاني - انتقال الملكية في المنقول المعين بالنوع:

١٣٥ - إذا كان المبيع منقولاً لم يعين إلا بنوعه فقط. فإن الحق لا ينشأ، ولا

---

(٢٣٧) نقض ٢٨/٣/١٩٦٨ - مجموعة أحكام النقض س١٩ - رقم ٩٤ - ص٦٢٢ - وفي الفقه - الأهواني/ ص٢٦٩/ بند ٣٣٥.

ينتقل إلا بإفرازه – م٨٨٩ مدني[٢٣٨] والإفراز عملية لا يمكن تصور انتقال ملكية المبيع إلى المشتري من دونها ولعل هذا، ما قصده المشرع بالنص على أنه إذا لم يكن من مقتضى البيع أن ينقل الملكية فور العقد. يجب على البائع أن يقوم بكل ما هو ضروري من جانبه لانتقال ملكيتها. وأن يمتنع عن أي عمل من شأنه أن يجعل هذا الانتقال أمراً مستحيلاً، أو عسيراً. بما في ذلك إجراء عملية الإفراز إذا كان المبيع معيناً بالنوع.

– والإفراز – كما قدمنا – عملية مادية، يتحول بها المبيع من منقول معين بالنوع إلى منقول معين بالذات. بطريق الوزن مثلاً، أو القياس أو بوضع علامات أو حدود تميز المبيع، وتمنع اختلاطه بغيره.

١٣٦ – والإفراز L'individualisation، يختلف لذلك، بحسب طبيعة المبيع. إلا أنه يجب إتمامه في جميع الحالات قبل عملية التسليم. حيث لا يمكن تصور عملية الإفراز بعد التسليم لأن البيع يكون عندئذ على منقول معين بالنوع، ولا تنتقل فيه الملكية إلى المشتري أي، لا يقوم التسليم أصلاً[٢٣٩].

– وتتم عملية الإفراز في مكان التسليم، بوصفه الإجراء السابق على التسليم. ومع ذلك إذا كان المبيع موجوداً وقت إبرام البيع في مكان آخر، غير المكان المتفق على التسليم فيه، فإن الإفراز يكون في مكان وجود المبيع. وفي كل الحالات، لا يشترط لإتمام عملية الإفراز موافقة المشتري، أو حضوره. فهو إجراء يتم من جانب البائع. خصوصاً وأن المشتري، قد قبل شراء المبيع المعين بالنوع، وقبوله يشمل كذلك، قيام البائع بعملية الإفراز، بشرط أن تكون جدية، ونهائية[٢٤٠].

١٣٧ – فإذا تمت عملية الإفراز – على النحو السابق – انتقلت الملكية إلى

---

(٢٣٨) والمذكرة الإيضاحية، تعليقاً على النص – ص٦٧٧ – وكذا، نصت م٤٦٣ مدني على أن المبيع إذا لم يعين إلا بنوعه، لا تنتقل ملكيته إلا بالإفراز.

(٢٣٩) البدراوي/ ص٢٤٢/ بند ١٦٥ – وقرب الأهواني/ ص٢٧٦ – بند ٢٤٣.

(٢٤٠) قرب البدراوي/ ٢٤٣/ بند ١٦٥ – الأهواني/ ٢٧٧/ بند ٣٤٤.

المشتري، وتظل تبعة الهلاك - مع ذلك - على البائع، إلى أن يتم التسليم. فتبعة الهلاك - في القانون الكويتي، كنظيره المصري مرتبطة بالتسليم، وليس بانتقال الملكية. وفي كل الحالات فإن الملكية تنتقل بالإفراز إلى المشتري من وقت القيام به. فلا تستند الملكية إلى وقت إبرام العقد. فالإفراز كالتسجيل - كما سنرى - ليس له أثر رجعي. أما إذا لم يقم البائع بتنفيذ التزامه بإفراز المبيع، جاز للمشتري أن يطلب إذناً من المحكمة المختصة بالقيام به، على نفقة البائع، كأن يحصل من السوق على شيء من نفس النوع المتفق عليه في العقد. كما يجوز للمشتري، تنفيذ العمل الملزم به البائع، دون إذن من المحكمة عند الضرورة، إذا قام بإعذار البائع، وعلى نفقة هذا الأخير.

كما يكون للمشتري في حال الإخلال بالالتزام بإفراز المبيع بوصفه إجراءاً يلتزم البائع القيام به أن يطلب فسخ البيع، مع التعويض، إن كان له مقتض[٢٤١].

المحور الثالث - انتقال ملكية العقار، بالتسجيل

النصوص القانونية:

١٣٨ - نصت م٨٩٠ مدني على أنه إذا كان المتصرف فيه عقاراً، فلا تنتقل الحقوق العينية، أو تنشأ إلا بمراعاة أحكام قانون التسجيل العقاري.

وبالرجوع إلى قانون التسجيل العقاري رقم ١٩٥٩/٥ المعدل بقانون ٧٣/ ١٩٧٩ فإن جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية أو نقله، أو تغييره، أو زواله، وكذا الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب تسجيلها بطريق التسجيل.

وتابع المشرع، بأنه يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل، ولا تتغير، ولا تزول لا بين ذوي الشأن، ولا بالنسبة لغيرهم، ولا

(٢٤١) السنهوري - الوسيط - جـ٢ / بند ٢٣.

يكون للتصرفات غير المسجلة من الآثار سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن[٢٤٢].

١٣٩ - ويلاحظ بأن النصوص السابقة، تعرض لنقل الملكية، والحقوق العينية الأخرى بالتصرف القانوني عموماً، فلا تنطبق على العقود وحدها. بل تشمل كذلك التصرفات القانونية التي تتم بإرادة منفردة. كما أن نظام التسجيل، لا ينطبق على البيع العقاري وحده، بل يمتد إلى كل التصرفات الناقلة للحقوق العينية العقارية، وكذا التصرفات الكاشفة لهذه الحقوق.

وعلى أية حال، فتطبيق هذه النصوص على عقد البيع، يعني أن انتقال ملكية العقار من البائع إلى المشتري لا تتم إلا بالتسجيل.

تقسيم:

١٤٠ - وسوف نعرض **بداية لأحكام التسجيل**، وخاصة، المقصود به وإجراءاته والحكمة من اشتراط التسجيل - وآثار عقد البيع العقاري قبل التسجيل[٢٤٣] وبعد التسجيل - كما نتولى الإجابة عن تساؤلات عدة بشأن التسجيل منها الأثر الرجعي، أو الفوري للتسجيل، وأثر الغش أو سوى النية، على التمسك بأسبقية التسجيل. ثم نتناول **ثانياً** إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار - بدعوى صحة التعاقد[٢٤٤]. كما نعرض أخيراً لدعوى صحة التوقيع.

أولاً: أحكام التسجيل العقاري

١٤١ - نتناول بداية المقصود بالتسجيل، وإجراءاته، والحكمة منه، ثم

---

(٢٤٢) وتمييز ٢٠/٥/١٩٨١ - مجموعة القواعد القانونية - يناير ١٩٩٤ - المجلد الأول - ص٣٧٢ - رقنم (١) - وتمييز ١٨/٥/١٩٨٣ - المرجع السابق - ص٣٨٠ - رقم (١٥) وتمييز ١٤/١١/١٩٨٤ - مرجع سابق - موضع سابق - رقم (١٨).

(٢٤٣) وهو ما اصطلح على تسميته بالمحرر العرفي.

(٢٤٤) اصطلح على تسميتها - عملاً - بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع.

مشكلات الأثر الرجعي، أو الفوري للتسجيل، وأثر الغش أو سوء النية على التمسك بأسبقية التسجيل - وذلك على النحو الآتي:

١ - المقصود بالتسجيل، وإجراءاته:

١٤٢ - قدمنا، بأن التسجيل طريق من طرق الشهر، يقوم إلى جانب القيد، والتأشير الهامشي، بقصد توفير العلانية التي تكفل للناس العلم بكل ما يتعلق بالعقار بما يؤدي إلى استقرار الملكية العقارية.

وتبدأ إجراءات التسجيل، بطلب إلى إدارة التسجيل المختصة، وتسدد عنه الرسوم المستحقة، بموجب إيصال يسلم إلى الطالب.

وطبقاً لقانون السجل العقاري، يجب أن يشتمل المحرر المراد تسجيله، البيانات الدالة على طرفيه «البائع، والمشتري، وإن تعددوا».

وكذا البيانات اللازمة، والمفيدة في تعيين العقار، وعلى الأخص، بيان موقعه، ومساحته، وحدوده، فإذا كان من العقارات المبنية تعين ذكر رقم البناء والقطعة... إلى غير ذلك.

كذا، البيانات الخاصة بالمحرر المراد تسجيله[٢٤٥] أو شهرة، وبيان المقابل ومقدار الدين إن وجد.

والبيانات الخاصة بأصل الملكية، أو الحق محل التصرف، وإقرار من الطرف الصادر لصالحه التصرف، بأنه عاين العقار، موضوع التعامل، وقبله بحالته الحاضرة، ووضع يده عليه - م١٣ من القانون المذكور.

١٤٢ مكرراً - تقوم إدارة التسجيل - بعد ذلك - بقيد الطلب، فور تقديمه، بدفتر الأسبقية ويسلم عنه إيصالاً للطالب، مشتملاً بصفة خاصة على بيان رقم القيد وتاريخه، والمستندات المرفقة به. على أن يقوم بعد ذلك بتحويله إلى القسم

---

(٢٤٥) المقصود المحرر العرفي، أو العقد الابتدائي.

الفني للإجراءات الهندسية، لإتمام الإجراءات المساحية، التي ينبغي الإنتهاء منها خلال فترة معينة.

ثم يقوم موظف إدارة التسجيل، بكتابة المحرر النهائي، أو القيد النهائي ويؤشر على المحررات بما يفيد تسجيلها، ويتم تصويرها.

وإعمالاً لنص م٤ من قانون التسجيل، لا يجوز أن تنقل من الدائرة أصول المحررات التي تم تسجيلها، ولا الدفاتر، أو الوثائق، والمستندات المتعلقة بها. على أنه يجوز للسلطات القضائية الاطلاع عليها، ثم إعادتها. فأصل المحرر إذن لا بد من بقائه، وحفظه بالدائرة المختصة، ولا يعطي لأصحاب الشأن إلا صورة رسمية من المحرر المسجل.

- وبإتمام إجراءات التسجيل، يتحقق شهر الحقوق العينية الأصلية الواردة على العقار، لإمكان الاحتجاج بها في مواجهة الكافة. وبغيره، لا يمكن لأي شخص، العلم، بما إذا كان هذا العقار، مملوكاً لصاحبه أم لا. ولما أمكن معرفة ما إذا كان مثقلاً بحق عيني، أم لا.

- وإذا لم يتفق الطرفان على من يجب عليه منهما، اتخاذ إجراءات التسجيل فإنها تكون على المشتري - بصفة أصلية - ويكون على البائع مع ذلك المساعدة لإتمام التسجيل، كشهر حق إرث البائع مثلاً الذي لا يتم التسجيل بدونه. وكذا تقديم مستندات الملكية، أخذاً من صريح نص المادة ٤٦٧ مدني.

كما يجب على البائع، توقيع العقد المعتمد من الشهر العقاري أمام الموثق المختص بالتصديق على التوقيعات.

فإذا امتنع البائع عن القيام بما عليه من إجراءات في هذا الشأن وبخاصة إذا امتنع عن توقيع المحرر أمام الموظف المختص. كان للمشتري إعمالاً للقواعد العامة طلب التنفيذ العيني، إذا كان ممكناً. وإلا، جاز له طلب التنفيذ بمقابل. فضلاً عن حقه في التمسك بتطبيق أحكام الشرط الجزائي الواردة بالعقد المحرر بينهما[٢٤٦] إن وجد.

---

(٢٤٦) نقض ١٩٦٥/١/٣١/ أحكام النقض - س١٦ - س٧٣ - تمييز ١٩٨٩/٤/٩ القضاء والقانون/ س١٥/ ص٢٧٢/ رقم ٨١.

٢ - الحكمة في اشتراط التسجيل:

١٤٣ - أجملت المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل العقاري - سالف الذكر - الحكمة من التسجيل، ومبرراته بقولها «أن جميع الدول المتحضرة، تعنى بوضع التشريعات المنظمة لأعمال التسجيل العقاري، وسن القوانين التي تنظم المعاملات العقارية بين جمهور المتعاملين، حفظاً للملكية، وتدعيماً للائتمان العقاري. ومنعاً للمنازعات التي تنشأ عن هذه المعاملات. ولم تكن الكويت - قبل سنوات في حاجة لمثل هذه التشريعات لسببين: ١ - قلة المعاملات العقارية مع ضآلة قيمة العقارات، ٢ - الثقة القائمة بين الأهالي، بحيث لم يكونوا في حاجة إلى الارتباط بوثائق مسجلة، أو سندات مكتوبة، بل كان يكفيهم التعاقد شفاهاً.

غير أنه، بعد ظهور النفط بالبلاد، وإثرائها سريعاً، وازدهار العمران من جميع نواحيها، وبالتالي، ارتفاع قيمة العقارات ارتفاعاً خيالياً، نتيجة لكثرة المعاملات لمواجهة أوجه العمران المختلفة، كل هذا جعل من الضروري التفكير في وضع نظام التسجيل العقاري[٢٤٧].

- والواقع أن التسجيل، وهو عبارة عن شهر الحق العيني الوارد على العقار، يقصد به توفير العلانية، التي تكفل للناس العلم بكافة الحقوق الواردة على هذا العقار. مثقل أو غير مثقل بحقوق عينة أخرى.

وبغير التسجيل، أي شهر الحقوق العينة على العقار، سيحدث اضطراب في المعاملات العقارية، والائتمان العقاري عموماً.

٣ - آثار عقد البيع العقاري قبل التسجيل:

١٤٤ - الواقع، أن عقد البيع العقاري غير المسجل، لا ينقل الملكية، لا

---

(٢٤٧) والتسجيل، لا يعني أن البيع أصبح عقداً شكلياً - نقض فرنسي - ٢ أبريل ١٩٧٩ - بلتان مدني - رقم ٥٩.

فيما بين المتعاقدين، ولا بالنسبة للغير. ولا يكون للبيع من أثر سوى إنشاء التزامات شخصية بين ذوي الشأن[٢٤٨].

وليس معنى ذلك، أن عقد البيع العقاري قد تغيرت طبيعته باشتراط التسجيل لنقل الملكية من عقد رضائي إلى عقد شكلي. فهو ما زال من العقود الرضائية التي تتم بمجرد توافق إرادتي المتبايعين، وتترتب عليه كل آثاره عدا انتقال الملكية التي تتراخى إلى ما بعد التسجيل[٢٤٩].

ويترتب على أن الملكية العقارية لا تنتقل بالبيع العرفي النتائج الآتية:

- لا يصح للمشتري، ما دام عقده لم يسجل أن يطالب البائع، أو ورثته من بعده، إلا بالالتزامات الشخصية التي يرتبها العقد، كتسليم المبيع، وريعه.

فإذا طلب المشتري قبل التسجيل تثبيت الملكية، وتسليم المبيع، وريعه وقضي له بذلك، تعين نقض الحكم فيما يتعلق بتثبيت الملك لرفع الدعوى به قبل استيفاء شروطها[٢٥٠].

- وإنما يجوز للمشتري بناء على عقد البيع العرفي، إلزام البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية، بطلب الحكم بصحة، ونفاذ العقد، حتى إذا ما قضى له بذلك، وسجل الحكم، حق له طلب تثبيت ملكيته استناداً إلى الحكم المسجل الذي يقوم مقام تسجيل العقد[٢٥١].

١٤٥ - وقد ثار التساؤل بصدد حق المشتري في البيع العقاري غير المسجل - البناء على الأرض. فأكدت محكمة النقض المصرية - في البداية - بأن عقد البيع غير المسجل، يولد في ذمة البائع التزاماً بتسليم المبيع، وبالوفاء به يصبح المبيع في

---

(٢٤٨) تمييز ٢٤/٢/١٩٧٥ - مجموعة القواعد القانونية - ١٩٧٣ - ١٩٧٩ - ص ٨٤.

(٢٤٩) تمييز ١٧/١٢/١٩٨٠ - مجلة القضاء والقانون س ١٠ - ع ١١١ - ص ٤١ - نقض - ٢/٣/١٩٤٤ - شعله - ١٤٣.

(٢٥٠) نقض ٢٢/١٢/١٩٣٢ - شعله - ١٤٥ - وللمؤلف - آثار البيع العقاري قبل تسجيله - تحت الطبع بمجلة الحقوق.

(٢٥١) نقض ١٩/٤/١٩٥ - شعله - ص ١٤٥،

حيازة المشتري له أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع. ومنها البناء على سبيل البقاء. والقرار. ومتى أحدث المشتري بناء على الأرض المبيعة بالعقد العرفي، يصبح هذا البناء عقاراً ملكاً له، ملكية مصدرها واقعة البناء بما له، على سبيل البقاء، والقرار[٢٥٢] وقد عدلت المحكمة عن ذلك - واعتبرت بأن المشتري بالعقد العرفي يعتبر بانياً على ملك الغير - مبررة عدولها بأن حق القرار الذي كانت قد أسست عليه تملك المشتري لما أقامه من منشآت، حق عيني من قبيل الملكية لا ينشأ، ولا ينتقل إلا بالتسجيل[٢٥٣]، وهو نفس الحكم الذي يمكن تطبيقه بالقانون الكويتي.

١٤٦ - كذا، لا يجوز للمشتري استناداً إلى عقد البيع العرفي، أن يرفع دعوى استحقاق في مواجهة البائع لأنها من دعاوى الملكية. والمشتري بعقد البيع العرفي غير مالك[٢٥٤] بيد أن له رفع دعوى صحة، ونفاذ عقد البيع، وكذا دعوى صحة التوقيع. وبرفع الدعوى الأولى، وتسجيل الحكم الصادر، تنتقل الملكية إلى المشتري جبراً على البائع.

١٤٧ - لا يجوز لدائني المشتري التنفيذ على العقار المبيع قبل تسجيل عقد البيع. ومقابل ذلك يجوز لدائني البائع، التنفيذ على العقار المبيع، تحت يد المشتري، بالعقد العرفي. بل يكون لهؤلاء، كذلك تسجيل تنبيه نزع الملكية قبل تسجيل المشتري لعقد البيع، وبذا يعتبر البيع غير نافذ في مواجهتهم. ومعنى ذلك، أن مصلحة المشتري تستتبع المبادرة إلى تسجيل البيع، فوراً قبل أن يتخذ الدائن إجراءات التنفيذ.

- إذا لم يسجل المشتري عقد شرائه، بقى العقار على ملك البائع، وينتقل إلى ورثته من بعده بالارث. فإذا باع الورثة العقار مرة أخرى، وسجل المشتري الثاني منهم عقد شرائه انتقلت إليه ملكيته لأنه يكون قد تلقاه من مالكيه،

---

(٢٥٢) نقض ١٢/١/١٩٥٠ - شعله ١٤٦ - ١٤٧ - وشكري سرور - موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي ١٩٩٤ - جامعة الكويت / ص ٥٤.

(٢٥٣) نقض ١٦/٤/١٩٨٦ - خلف - ٢٢٨/٥٨٤ - ومشار إليه في شكري سرور - مرجع سابق - موضع سابق.

(٢٥٤) نقض ٢٦/٣/١٩٨٧ - أحكام النقض - س ٣٨ - ص ٤٣٩ - رقم ٩٨.

وسجل عقده طبقاً للقانون، وبذا، تكون له الأفضلية على المشتري من المورث الذي لم يسجل عقد شرائه[٢٥٥]. ولا يقدح في ذلك أن يكون المشتري الأول، قد اشترى من المورث «من المالك» ذلك أن القاعدة في حالة التزاحم، تفضيل الأسبق في التسجيل. ومع ذلك يكون للمشتري من المورث الأفضلية بصرف النظر عن الأسبقية في التسجيل، إذا احتاط لنفسه، فأشر بحقه باعتباره دائناً للتركة خلال سنة من تاريخ تسجيل شهادة الارث أخذاً من نص المادة ١٤ من قانون تنظيم الشهر العقاري في مصر، ولا مثيل لهذا النص في القانون الكويتي[٢٥٦].

- أن عقد البيع العرفي، وإن لم يؤد إلى انتقال الملكية فوراً إلى المشتري. إلا أنه يلقى على عاتق البائع التزاما بنقل الملكية، يمكن تنفيذه جبراً، بطريق دعوى صحة التعاقد فإذا صدر حكم بصحة التعاقد وأشر المشتري على هامش تسجيل صحيفة الدعوى، قام الحكم وتسجيله مقام العقد المسجل بحيث يصبح أي تصرف صادر من البائع غير نافذ في حق المشتري من وقت تسجيل الصحيفة.
- وعقد البيع، غير المسجل، ينقل إلى المشتري، الحيازة القانونية للعقار أو العين المبيعة، ويكون له تسلمها، بوصفه صاحب الحيازة القانونية[٢٥٧].

١٤٨ - وبعكس ذلك، لا يكون للشريك على الشيوع في القانون الكويتي، الأخذ بالشفعة، استناداً إلى عقد شراء لم يسجل، عند صدور البيع الذي يريد أن يشفع فيه[٢٥٨] وفضلاً عن ذلك لا يكفي، أن يكون من يريد الأخذ بالشفعة قد سجل صحيفة، دعوى صحة عقد البيع الذي اشترى به، قبل انعقاد البيع المشفوع فيه. وإنما يلزم أن يكون الحكم الصادر فيها بالصحة والنفاذ، قد تم تسجيله قبل هذا البيع[٢٥٩].

---

(٢٥٥) نقض ١/١١/١٩٦٦ - مجموعة أحكام النقض س ١٧ - ص ١٦٠٥.
(٢٥٦) في نقد القانون الكويتي لعدم النص على حكم هذه الحالة - الأهواني - ٣٠٨ / بند ٣٧٣.
(٢٥٧) نقض ١٧/٧/١٩٩١ - غير منشور.
(٢٥٨) نقض ٢٢/٤/١٩٨٠ - في الأهواني/ ص ٣١٣ - ونقض ٢٨/٥/١٩٧٩ - أحكام النقض س ٢٩/ ص ٤٦١.
(٢٥٩) شكري سرور/ الملكية/ ص ٨٦ - وقرب - نقض ٢٤/١٢/١٩٧٣ - س٢٤ - ص٣٢٩.

ومقابل ذلك، يتولد حق الشفعة - فيما يتجه إليه الرأي الراجح، عن بيع أحد الشركاء نصيبه شائعاً إلى أجنبي عن الشيوع، إذا كان عقاراً، ولو لم يتم تسجيله - وإلا تعطل عملاً، الأخذ بالشفعة[٢٦٠].

- ولا يجوز لمشتري العقار بعقد بيع عرفي، طلب إزالة المنشآت التي أقامها الغير على الأرض، بسوء نية - إعمالاً لنص م٢٨٢ مدني - وتفسير ذلك، أن طلب الإزالة، لا ينشأ إلا عن حق الملكية، وهي - لم تنتقل - في الفرض المطروح - للمشتري، قبل التسجيل فلا يكون له الحق في طلب الإزالة.

١٤٩ - ولا يكون للمشتري بعقد بيع غير مسجل مطالبة المستأجر بحقوق المؤجر مباشرة، وما ذلك إلا مجرد تطبيق لنص المادة ٦٠٧ من القانون المدنى[٢٦١] التي تقضي بأنه إذا انتقلت ملكية المأجور إلى خلف خاص، فلا يكون نافذاً في حقه بغير رضاه، ما لم يثبت أنه كان يعلم به، أو كان له تاريخ ثابت سابق على السبب الذي ترتب عليه انتقال الملكية إليه. ومع ذلك يجوز لمن انتقلت إليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار حتى ولو كان غير نافذ في حقه على هذا الوجه[٢٦٢] كأن يكون له مصلحة في ذلك. أو قد تكون المدة الباقية لانتهاء الإيجار أقل من مدة الإخطار الذي يتعين توجيهه للمستأجر حتى يرد المأجور[٢٦٣].

١٥٠ - وأخيراً فإن عقد البيع غير المسجل، يخول المشتري، بوصفه خلفاً خاصا، ضم مدة حيازة البائع «السلف» إلى حيازته[٢٦٤] في كل ما يرتبه القانون على حيازة العقار من أثر، ومن ذلك، اعتبارها قرينة قاطعة على الملكية، إذا اكتملت للحائز «المشتري» بضم حيازته إلى حيازة سلفه «البائع» خمس عشرة سنة، وأنكر حق المالك أخذاً من نص المادة ٩٣٥ مدني.

---

(٢٦٠) شكري سرور / ص ٨٨/ هـ (٦). البدراوي / الملكية/ ص ٣٦٢/ بند ٢٥٧.

(٢٦١) المقابلة للمادة ٦٠٤ مدني مصري.

(٢٦٢) المذكرة الإيضاحية تعليقاً على المادة ٦٠٧ -/ ص ٤٥٥، وبعدها.

(٢٦٣) تطبيقاً لذلك - نقض ١٩٨١/١١/٥ - المحاماة ١٥/٧٩/٦٢ - ما لم يرفع المشتري الدعوى غير المباشرة، أو يقوم البائع بتحويل عقد الإيجار إليه، ويقبل المستأجر الحوالة، أو يعلن بها - نقض ١٩٧٩/٤/٧ - أحكام النقض س ٣٠ - ص ١٩٧/ رقم ٤٠.

(٢٦٤) نقض ١٩٨٣/٣/١٦ أحكام النقض - س - ٢٤ - ص ٦٩٠ - أعمالا للمادة ٩٥٥ مدني مصري.

٤ - آثار عقد البيع العقاري بعد التسجيل:

١٥١ - إذا كان البيع العقاري غير المسجل، لا يرتب سوى التزامات شخصية فيما بين المتعاقدين، بينما تظل ملكية العقار للبائع. فإنه يترتب على تسجيل البيع، انتقال ملكية العقار بين المتعاقدين، والغير[٢٦٥] فتترتب عكس الآثار السابقة على التسجيل.

١٥٢ - ونلفت النظر إلى أن الملكية لا تنتقل مع ذلك، إلا إذا كان التصرف الوارد عليه التسجيل صحيحاً، فإذا كان باطلاً بطلاناً مطلقاً، فإن التسجيل على عكس ما قد يتبادر إلى الذهن لا يمحو عيوب العقد، ولا يصحح عيباً في البيع العقاري.

صحيح أن البيع العرفي يرتب كافة آثاره، فيما عدا نقل ملكية المبيع إلى المشتري التي تتراخى إلى أن يتم التسجيل.

إلا أن نقل الملكية يتم من خلال العقد، وتسجيله معاً فإذا انعدم الأول لا يمكن للتسجيل أن يصححه، ويظل البيع - مع ذلك - قابلاً للطعن فيه، ويتفرع عن ذلك نتائج عدة. فإذا كان عقد البيع، صورياً صورية مطلقة، قوامها الغش، والتدليس، لا يكون له وجود قانوناً، وبالتالي فإن تسجيله، وعدمه، سواء. ويحق للمالك الحقيقي، الطعن في البيع بالصورية، وطلب إثبات ملكيته على العقار. فيحكم له، وتزول ملكية المشتري الصوري، ولو كان قد سجل عقده. كذا، يجوز للمشتري الثاني، ولو بعقد غير مسجل، الطعن بصورية عقد المشتري الأول، فإذا نجح في إثبات الصورية، كانت الأفضلية له، ولا يغير من ذلك، أنه لم يسجل عقده ما دام أن العقد الأول صوري[٢٦٦].

١٥٣ - فإذا كان عقد البيع باطلا، «لتخلف ركن من أركانه»، أو قابلاً للإبطال «التخلف شرط من شروط صحته» وحكم بإبطاله فعلاً فإن التسجيل لا يصحح العقد. بل تزول ملكية المشتري بأثر رجعي، ولا يغير من ذلك أن يكون قد سجل عقد البيع، فالتسجيل كما قدمنا، لا بد أن يستند إلى عقد بيع صحيح.

---

(٢٦٥) نقض ٢٥/٣/١٩٨٦ - مجموعة القواعد القانونية - البدراوي/ ص ٢٩٥.
(٢٦٦) نقض ٢٤/٤/١٩٨٠ - أحكام النقض س ٣١ - ص ١٢٠١.

- وإذا فسخ البيع، لعدم قيام المشتري، تنفيذ أحد التزاماته في العقد، فإن البيع يزول، بأثر رجعي، ويعتبر كأن لم يكن، ولا يغير من ذلك، أن يكون المشتري قد سجل العقد. فالتسجيل لا بد أن يستند كذلك إلى عقد بيع نافذ. وتترتب نفس النتيجة، بافتراض انفساخ البيع، لتحقق شرط صريح فاسخ، حيث تزول الملكية عن المشتري بأثر رجعي، حتى وإن كان قد سجل العقد.

ومجمل ما تقدم أن نقل الملكية العقارية يتم بالعقد الصحيح النافذ، وتسجيله فإذا تخلف الأول، لا يغني الثاني عنه شيئاً.

١٥٤ - ونلفت النظر، إلى عدم الخلط بين هذه المسألة، والمبدأ المستقر عليه فقهاً، وقضاءً بأنه عند تزاحم المشترين لعقار واحد فإن الأفضلية للأسبق في التسجيل، ولو تم غشاً، وتواطئاً بين البائع، والمشتري الثاني، إضرارا بالمشتري الأول، فلا شأن للغش، والتواطؤ، بصحة عقد البيع الأصلي. بل إن أفضلية المشتري الأسبق في التسجيل لا تتحقق إذا كان عقد البيع، العرفي، غير صحيح، أو نافذ.

- وفي تطبيق أمين لانتقال ملكية العقار بالعقد الصحيح، النافذ، وتسجيله أكدت محكمة التمييز، بأنه إذا كان نص المادة الأولى من المرسوم بقانون ١٩٧٦/٩٢، قد حظر بيع الحصص المشاعة، وبنت على النص بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، وكان التسجيل وفقاً لأحكام المرسوم رقم ١٩٥٩/٥ بقانون التسجيل العقاري، هو نظام شخصي، يجري وفقاً للأسماء لا بحسب العقارات، وليست له حجة كاملة في ذاته. فهو لا يصحح العقود الباطلة، ولا يكمل العقود الناقصة. ورتبت المحكمة على ذلك بأن العقد، موضوع النزاع، وقد لحقه البطلان المطلق لمخالفة المادة الأولى من المرسوم بقانون ١٩٥٩/٥. يظل معدوماً، فلا ينقلب صحيحاً بصدور موافقة لاحقة من المجلس البلدي على تسجيله[٢٦٧].

---

(٢٦٧) تمييز ١٩٨٦/١/٢٢ - مجموعة القواعد القانونية - يونيه ١٩٩٦ - المجلد الأول،

٥ - هل للتسجيل أثر رجعي[٢٦٨]؟

١٥٥ - إذا تم تسجيل البيع العقاري، مستوفياً كافة شرائطه، انتقلت الملكية - على ما رأينا - فيما بين المتعاقدين، وكذا، بالنسبة للغير ورتبت آثارها.

وقد ثار التساؤل في الفقه، والقضاء عن الوقت الذي تنتقل فيه الملكية بالتسجيل؟

فهل تنتقل الملكية من وقت إبرام البيع، أو من تاريخ تسجيل العقد؟

- والقول بأن التسجيل يترتب عليه نقل ملكية العقار من وقت إبرام العقد، يعني أن للتسجيل أثر رجعي. ومقابل ذلك فإن القول بانتقال الملكية، من تاريخ إتمام التسجيل، يعني التسليم بأن ليس للتسجيل سوى أثر فوري.

والواقع أن المسألة خلافية في الفقه. وإن استقرت منذ زمن بعيد في أحكام القضاء. فقد ذهب رأي مرجوح، بأن للتسجيل أثر رجعي فيما بين المتعاقدين، باعتبار أن ذلك يتفق مع طبيعة البيع، ونظام التسجيل، ومقتضيات الصياغة القانونية Technique-Juridique وينتهي إلى القول «بأن الملكية إذ تنتقل بين المتعاقدين من وقت العقد، إلا أن انتقالها لا يسري في حق الغير إلا من وقت التسجيل. وبمعنى آخر - فانتقال الملكية يصلح من وقت العقد إطلاقاً، وتراخيه، إلى وقت التسجيل في حق الغير، هو عدم نفاذ، لا عدم انتقال»[٢٦٩].

١٥٦ - ويستند أصحاب هذا الرأي إلى حجج، أهمها: أن الالتزام بنقل الملكية العقارية، **معلق على شرط واقف، هو التسجيل**. فإذا تحقق الشرط بتمام التسجيل ترتبت آثار العقد، مستندة إلى وقت البيع، إعمالاً للأثر الرجعي للشرط، فيما تقضي به قواعده العامة.

ومردود على ذلك، بأن حقيقة ما رمى إليه المشرع، بقانون التسجيل العقاري هو تراخي نقل الملكية، ريثما يتم تسجيل عقد البيع. من غير أن يجعل

(٢٦٨) ووضع المسألة في صيغة الاستفهام يعني أنها محل جدل، أو خلاف في الفقه، مثلا، البدراوي / ص ٢٤٩/ الأهواني/ ص ٢٩٥ - ونقض ٢١/١١/١٩٤٦ - مجموعة عمر - ٥ - ص ٢٥٥.

(٢٦٩) السنهوري/ ص ٦٥٦/ بند ٢٨٢.

ذلك **التسجيل بمثابة شرط واقف** لو وقع يكون له أثر رجعي يجعل البيع ناقلاً للملكية من تاريخ إبرامه. كما أن استناد أثر الشرط إلى الماضي، يصح لو كان الشرط الواقف **ناشئاً عن إرادة المتعاقدين**. أما حيث يتدخل القانون معلقاً، نقل ملكية العقار على شرط التسجيل، - بافتراض التسليم بأن التسجيل شرط واقف علقت عليه انتقال الملكية - فهذا الأثر لا يتحقق إلا بتمام الإجراء «التسجيل» ولا ينسحب إلى الماضي. وتبعاً لذلك رفضت محكمة النقض مثلاً حكم الاستئناف، الذي قرر بأن عقد البيع غير المسجل، يعتبر معلقاً على شرط التسجيل، بالنسبة إلى نقل الملكية حتى إذا ما تحقق هذا الشرط ارتد أثره إلى تاريخ التسجيل. لأن ارتداد أثر الشرط إلى الماضي، إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً من إرادة المتعاقدين، أما حيث يكون القانون قد أوجب إجراء معيناً، ورتب عليه أثراً قانونياً، فهذا الأثر لا يتحقق إلا بتمام الإجراء ولا ينسحب إلى الماضي(٢٧٠).

كما يستند هؤلاء إلى **حجة أخرى**، مؤداها أن المشتري تكون له ثمار المبيع، ونماؤه من وقت إبرام عقد البيع بما يؤكد ارتداد أثر التسجيل إلى ذلك الوقت. ومردود على ذلك بأن استحقاق المشتري لثمار المبيع ونماؤه لا يرتبط بانتقال الملكية، وإنما يرتبط بالتزام البائع بتسليم المبيع وفرق بين انتقال الملكية العقارية بالتسجيل، وتسليم المبيع - والثاني لا يغني عن الأول ولا يقوم مقامه، وإن أنتج بعض الآثار مثل حق المشتري في ثمار المبيع ونماؤه إلا أنها لا تعني شيئاً في مجال انتقال الملكية العقارية.

١٥٧ - ويستند أنصار الأثر الرجعي للتسجيل كذلك إلى حجة مؤداها أن القانون يعتبر البائع الذي يبني في العقار المبيع في الفترة ما بين تاريخ إبرام العقد، وتاريخ تسجيله يعامل معاملة الباني بسوء نية في ملك الغير، ويخول للمشتري طلب إزالتها(٢٧١)، ولا يكون ذلك إلا إذا كان المشتري قد تملك المبيع من وقت إبرام البيع، وليس من وقت التسجيل.

ومردود على ذلك بأننا لسنا، في حاجة للقول بالأثر الرجعي للتسجيل، لتفسير، اعتبار البائع، الذي يبني في العقار المبيع في الفترة ما بين إبرام العقد،

(٢٧٠) نقض ٢١/١١/١٩٤٦ - مرجع سابق - ص٢٥٥.
(٢٧١) فيما تنص عليه المادة ٨٨٢ مدني كويتي.

وتسجيله كأنه يبني في ملك الغير. لأن البائع، ولو بعقد غير مسجل، يلتزم في مواجهة المشتري بالقيام بكل ما هو ضروري لنقل الملكية إلى المشتري. وعليه الامتناع عن القيام بأي عمل من شأنه أن يجعل نقل الملكية مستحيلاً أو عسيراً. ومن ذلك ألا يقوم بالبناء، أو الغراس، حتى في الفترة التي تسبق تسجيل المشتري للعقد. كما أن البائع - يلتزم، بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت العقد[٢٧٢] فلا يحدث منه أي تغيير، بالبناء عليه أو الغراس فيه وإلا فإنه يكون قد أخل بالتزامه بالتسليم.

كما يستند هؤلاء إلى حجة أخرى: فالمشرع الكويتي، كنظيره المصري[٢٧٣] أجاز تسجيل صحف دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية. ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها على هامش تسجيل صحائفها، انسحاب أثر هذا التأشير إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى. ومن شأن ذلك، أن يجعل حق المشتري حجة على كل من ترتبت له حقوق عينية على العقار من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى[٢٧٤] بما يعني، أن التسجيل ينسحب أثره إلى الماضي. ومردود على ذلك مرة أخرى - بأن تقرير هذا الأثر ورد على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة. وذلك حماية لأصحاب تلك الدعاوى في مواجهة من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع، بعد تسجيل صحيفة الدعوى. وهو استثناء لا يصح القياس عليه، ولا التوسع في تفسيره[٢٧٥].

١٥٨ - ولذا، فقد ذهب الرأي السائد في الفقه[٢٧٦] والقضاء[٢٧٧] بأن التسجيل، إنما يرتب أثره من تاريخ حصوله، ولا يرتد إلى وقت سابق.

---

(٢٧٢) قرب جمال زكي - الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ١٩٧٨/ ص٣٧٨/ بند ٢٠٩.

(٢٧٣) المقصود المادة ١٥، وبعدها من القانون رقم ١٩٤٦/١١٤.

(٢٧٤) نقض ١٩٧١/٥/٢٧ - أحكام النقض س٢٢ - ص٦٩٦ - نقض ١٩٧١/١٢/٢٣ - أحكام النقض س٢٢ - ص١٠٩٦.

(٢٧٥) نقض ١٩٧٣/٢/٢٤ - أحكام النقض - س٢٤ - ص٣٢٩.

(٢٧٦) مثلاً الأهواني / ص٢٩٥ - تناغو / ص٢٠٢، البدراوي / ص٢٥٥ - وفتحي عبدالرحيم - الوجيز في عقد البيع - بدون سنة نشر / ص١١٢.

(٢٧٧) مثلاً تمييز كويتي - ٤ يناير ١٩٨٢ - غير منشور، ومشار إليه في الأهواني / ص٢٩٦ - الحاشية رقم ٥١.

ولذا حكم مثلاً، بأن الأصل أن أثر التسجيل في نقل الملكية، لا يترتب إلا على تسجيل العقد، أو الحكم الذي من شأنه إنشاء حق الملكية، أو أي حق عيني آخر، وأن هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضي(٢٧٨). وفي حكم لمحكمة التمييز(٢٧٩) أن الملكية لا تنتقل سواء فيما بين المتعاقدين، أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل. وأكدت المحكمة أنه طالما لم يحصل هذا التسجيل، فإن الملكية تبقى على ذمة المتصرف، ولا يكون للمتصرف إليه في الفترة من تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل في الملكية دون أي حق فيها.

١٥٩ - والخلاصة، أن العبرة في تاريخ انتقال الملكية العقارية، بتاريخ التسجيل، وليس بتاريخ إبرام البيع. والقول بعدم رجعية التسجيل من شأنه حفز المتعاقدين إلى المسارعة في تسجيل عقودهم، بما يؤدي إلى استقرار المعاملات العقارية.

كما أن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين، والأثر الفوري له بالنسبة للغير، يعني تجزئة أثر التسجيل، ويؤدي إلى وجود تاريخين مختلفين لانتقال الملكية، تاريخ إبرام البيع، فيما بين المتبايعين، وتاريخ إتمام التسجيل بالنسبة للغير. وهو ما لم يقل به أحد. فضلاً عما يترتب عليه من مشكلات، لا يمكن تلافيها إلا بتقرير الأثر الفوري للتسجيل، سواء فيما بين المتعاقدين، أو بالنسبة للغير(٢٨٠).

- ونلفت النظر بأن المقصود بتاريخ التسجيل، وقت إتمام إجراءاته، التي رسمها قانون التسجيل العقاري وهي إثبات المحرر في دفتر التسجيل النهائي بأرقام متتالية بحسب أسبقية تقديمها إلى الموظف المختص. وعلى ذلك، فإن تاريخ تقديم الطلب لإدارة التسجيل، أو تاريخ سداد الرسوم، أو تاريخ التصديق على التوقيع، لا يعتد بها في مجال انتقال الملكية العقارية.

---

(٢٧٨) نقض ٢٢ فبراير ١٩٧٦ - مجموعة أحكام النقض س٢٦ - ص٤٥٣.
(٢٧٩) مشار إليه في (٢٧٧).
(٢٨٠) من هذا الرأي، تناغو/ ص٢٠٣/ بند ٤٦/ الشرقاوي/ ص١٩٨/ البدراوي/ ١٢٢.

٦ - أثر الغش، أو سوء النية على التمسك بأسبقية التسجيل:

١٦٠ - قدمنا بأن المشرع الكويتي، كنظيره المصري حسم مشكلة تزاحم المشترين لمصلحة المشتري الأسبق في التسجيل. ويثور التساؤل - مع ذلك - في الفرض الذي يقوم فيه المشتري الثاني بالتسجيل، وهو عالم بأن البيع قد تم لمشترٍ سابق؟ أو أن يتم البيع تواطؤاً بين البائع، والمشتري الثاني، إضراراً بالمشتري الأول، بحرمانه من التسجيل؟ وهو ما يحدث عملاً، إذا تراخى البائع عن إجراءات نقل الملكية إلى المشتري الأول والمسارعة بتسجيلها إلى المشتري الثاني. فهل يكون لسوء النية، أو الغش أثر في نقل الملكية إلى المشتري الثاني؟

١٦١ - الواقع، أنه لا يوجد نص بالقانونين الكويتي، أو المصري، ينظم هذه المسألة ولذا، اختلف الفقه في الإجابة عن السؤال المذكور. فبينما يرى البعض(٢٨١) بأن الغش يفسد كل شيء Fraus omniu Corrumpit، أي يبطل التصرفات القانونية، ومقتضى التمسك بهذا المبدأ، أنه يجب على من يتمسك بالأسبقية في التسجيل، أن يكون حسن النية فإذا تم التسجيل بسوء نية أو عن طريق الغش فإنه لا يؤثر في نقل الملكية. ولما كان الأصل، حسن النية، فعلى من يدعي العكس إثباته. كذا، يتمسك البعض(٢٨٢) من أنصار هذا الرأي بالحكمة من التسجيل، وهو حماية الغير، الذي يستطيع بالتسجيل الكشف عن حالة العقار المبيع. ولا يكون له هذه الحماية إذا كان يعلم بأسبقية البيع. وبذا، لا تخلص له الملكية، ولو سجل سنده أو سبق إلى تسجيله.

١٦٢ - ويذهب الرأي الغالب في الفقه(٢٨٣) مؤيداً في ذلك من القضاء(٢٨٤)، بأن الغش يفسد كل شيء، فيما عدا البيع العقاري المسجل. فمع التسليم بالمبدأ المذكور، إلا أنه يستثنى منه «البيع العقاري المسجل» - وبذا، لا يكون

---

(٢٨١) من هذا الرأي، السنهوري - /جـ٤/ ص٥٥٠ - شمس الدين الوكيل - «أثر الغش على الأسبقية في التسجيل» - مجلة الحقوق - جامعة الاسكندرية ١٩٥٨ - ص٦٣ وبعدها.

(٢٨٢) جمال زكي - مرجع سابق ص٢١٦.

(٢٨٣) عباس الصراف/ ص٤٢٩/ بند ٥٩٤.

(٢٨٤) تمييز ١٧/١٢/١٩٨١ - مجلة القضاء والقانون س١٠ - ع١ - ص٤١، ونقض ١٥/٢/١٩٦٦ - س١٧ - ص٢٩٥.

أمام المشتري الأول سوى مطالبة البائع بالتعويض عن الضرر الذي لحقه جراء الغش، والتواطؤ بالتسجيل إلى المشتري الثاني. ويستند، أنصار هذا الرأي إلى تحصين نظام التسجيل قدر الإمكان من الطعن في مواجهته، بما يوفر الاستقرار في المعاملات العقارية. وطبقاً لهذا الرأي لا يجوز الحكم بصحة، ونفاذ البيع إذا انتقلت ملكية العقار المبيع إلى مشترٍ ثانٍ سبق الأول في التسجيل. ولا يؤثر في ذلك، أن يكون المشتري الثاني، سيىء النية، متواطئاً مع البائع للإضرار بالمشتري الأول.

- والحكمة، هي المحافظة على نظام التسجيل ذاته، وتقويته، والاتجاه به في طريق التسجيل العيني(٢٨٥) في مرحلة تالية.

ثانياً: إجبار البائع على تنفيذ الالتزام بنقل الملكية بالتسجيل

تقسيم:

١٦٣ - سوف نتناول بداية الأساس القانوني لالتزام البائع بنقل الملكية العقارية بالتسجيل، قبل أن نعرض - لدعوى صحة التعاقد، كوسيلة لإجبار البائع على تنفيذ التزامه عيناً بالتسجيل، وكذا، دعوى صحة التوقيع.

١ - أساس هذا الالتزام، ووسائل تنفيذه:

١٦٤ - يستمد هذا الالتزام أساسه القانوني من نص م٤٦٦ مدني كويتي، التي ألقت على عاتق البائع عبء الالتزام بكل ما هو ضروري من جانبه لنقل ملكية المبيع إلى المشتري. إذا لم يكن من مقتضى البيع أن ينقل الملكية فور إبرامه كما هو الحال بالنسبة للعقارات التي لا تنتقل فيها الملكية إلا بالتسجيل.

فإذا امتنع البائع عن تنفيذ التزامه بنقل الملكية، والقيام بالأعمال اللازمة لذلك، كتوقيعه، المصدق عليه بصدور البيع منه، أو تقديم مستندات الملكية، والرسوم الهندسية... وغير ذلك. جاز للمشتري إجباره، على تنفيذ هذا الالتزام عيناً(٢٨٦) كما يسري هذا الالتزام، قبل ورثة البائع المتوفى.

---

(٢٨٥) الأهواني/ ٣٤٠/ بند ٣٧١.

(٢٨٦) وهذا الالزام مجرد تطبيق لما ورد بنص م٢٨٨ مدني - في الالتزام بعمل، يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام.

والتنفيذ العيني للالتزام بنقل الملكية، يتم بأحد إجرائين، ابتكرهما القضاء، هما: دعوى صحة، ونفاذ البيع ودعوى صحة التوقيع على اختلاف فيما بينهما ونعرض لهما - تباعاً - فيما يلي:

أولاً - دعوى صحة، ونفاذ عقد البيع:

تمهيد وتقسيم:

١٦٥ - أخذاً من نص المادة ٧١ من القانون المدني، إذا أخل أحد طرفي العقد الابتدائي بالتزامه بإبرام العقد النهائي، كان للطرف الآخر، إذا لم يكن مخلاً بالتزاماته، أن يطلب الحكم في مواجهته بصحة العقد الابتدائي، ونفاذه. ويقوم الحكم بصحة، ونفاذ العقد الابتدائي مقام العقد النهائي. بينما ألقت المادة ٤٦٦ مدني على عاتق البائع عبء القيام بكل ما هو ضروري لنقل الملكية إلى المشتري.

- ولما كانت دعوى صحة، ونفاذ عقد البيع، وسيلة لإجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذاً عينياً. فوجب لذلك، أن يكون نقل الملكية ما زال ممكناً، وأن يكون المشتري قد وفى بكامل الثمن.

وسوف نعرض - بداية - لأحكام دعوى صحة، ونفاذ عقد البيع ثم شروط الحكم في الدعوى على النحو الآتي:

أ - أحكام دعوى صحة، ونفاذ عقد البيع:

١٦٦ - يبين من نص المادة ٧١ سالفة الذكر، بأن دعوة صحة، ونفاذ عقد البيع أو دعوى صحة التعاقد، تنطبق على كافة العقود، بما فيها البيع العقاري. وبأن المشتري، إذا نجح في الحصول على حكم بصحة، ونفاذ عقد البيع فإن هذا الحكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية.

- ودعوى صحة التعاقد، يرفعها المشتري أصلا[٢٨٧] في مواجهة البائع أو ورثته، إذا امتنع الأخير عن القيام بالأعمال الضرورية لتسجيل، العقار المبيع، بغرض إجباره على القيام بهذه الأعمال.

---

(٢٨٧) وليس ثمة، ما يمنع أن يرفعها البائع، على المشتري أيضاً - انظر نقض ٢٦/٢/١٩٧٦ - شعله/ ص٢٠٧/ بند٦٨.

- فالهدف منها إذن، إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذاً عينياً، والحصول على حكم يقوم بتسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية[٢٨٨].

- وعلى ذلك، فإن مجرد القضاء بصحة التعاقد، لا يفيد انتقال الملكية إلى المشتري، بل يبقى انتقال الملكية متراخياً - على ما سنرى - إلى ما بعد تسجيل صحيفة الدعوى.

١٦٧ - وتتميز دعوى صحة، ونفاذ عقد البيع - بداية - بأنها دعوى شخصية، طالما أن مشتري العقار، يستند فيها إلى حقه الشخصي المتولد عن عقد البيع غير المسجل. فهو لا يطالب بتثبيت ملكيته. فهو ليس مالكاً بالعقد غير المسجل. خصوصاً، وقد قدمنا بأن البيع غير المسجل لا يولد فيما بين المتعاقدين سوى التزامات شخصية، على عاتق البائع بنقل ملكية المبيع. وغير ذلك من الالتزامات.

- وتتميز الدعوى كذلك، بأنها دعوى عقارية، طالما أن الهدف منها الحصول على حق عيني على عقار. لذا، تختص بها المحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو محكمة موطن المدعى عليه.

- والمدعى، في دعوى صحة التعاقد، هو المشتري أصلاً. كما رأينا، إنما يجوز - مع ذلك - للبائع أن يكون مدعياً، يطلب الحكم بصحة التعاقد عن عقد البيع الصادر منه إلى المشتري. والمهم، أن يكون له مصلحة في رفع الدعوى[٢٨٩].

---

(٢٨٨) نقض ١٩/٥/١٩٨٥ - طلبة - ص١٩ - وفي نفس المعنى نقض ١٣/٣/١٩٨٤ - طلبة - نفس الموضع - والمذكرة الإيضاحية، تعليقاً على نص م٧١ مدني.

(٢٨٩) فإذا كان الطاعنان، قد طلبا بدعواهما الحكم بصحة التعاقد عن عقد البيع الصادر منهما إلى المطعون عليه، وتمسكا بقيام مصلحة لهما في الحصول على الحكم لأن البيع تم وفقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨/١٩٥٢. ويجب تسجيله وأنهما، لن يتمكنا قبل التسجيل من قيد حق الامتياز المقرر لهما على العين المبيعة وأن تكليف الأطيان لا ينتقل إلى رسم المطعون عليه إلا بعد إتمام التسجيل، مما يعرضها لدفع الضرائب المستحقة على الأطيان... فإنه يتعين قبول الدعوى - نقض - ٢٦/٢/١٩٧٦ - أحكام النقض - س٢٧ - ص٥١٢ - وشعله - ص٢٠٧/ رقم ٦٨ - ليس ثمة ما يمنع، الأخذ بنفس الحكم في القانون الكويتي.

– كما يجوز لدائني المشتري، رفع دعوى صحة التعاقد باسم مدينهم على أساس الدعوى غير المباشرة، إذا أهمل المشتري، أو سكت عن استعمال حقه في رفع الدعوى وتوافرت الشرائط الأخرى الواردة بالمادة ٣٠٨/ ١ من القانون المدني.

– وكذا، فإن دعوى صحة التعاقد، دعوى موضوعية(٢٩٠)، طالما أنها تنصب على حقيقة التعاقد، بتناول محله، ومداه، ونفاذه. والحكم الصادر فيها مقرراً، لا منشئاً. ويتعين لذلك – عند الفصل فيها، بحث أساس ملكية البائع للعقار، والمنازعات التي يمكن أن تثار في هذا الشأن، وشروط صحة العقد، وأركانه، وكذا ما يتعلق بالثمن، والصورية... الخ(٢٩١).

ويتفرع عن ذلك، بأن البيع، إذا كان باطلاً، أو قابلاً للإبطال، ورفع البائع دعوى فرعية طالباً إبطاله. فإن القاضي إذ يحكم بالبطلان أو الإبطال سيقضي حتماً برفض دعوى صحة التعاقد.

وكذا، إذا طلب البائع فسخ العقد، لعدم قيام المشتري بدفع الثمن، وحكمت به المحكمة، تعين، رفض دعوى صحة التعاقد.

– وإذا كان البيع صورياً، صورية مطلقة، فمن شأن هذه الصورية، لو صحت، أن العقد، لا وجود له قانوناً، فتحول دون الحكم بصحته ونفاذه(٢٩٢) – كذا، تتسع دعوى صحة، ونفاذ عقد البيع، لبحث الدفع المبدى من أحد الخصوم فيها بأنه هو المالك الحقيقي للعقار المبيع. وبأن البائع لا يملك التصرف فيه، ويترتب على ذلك نتيجة مؤداها، التزام المحكمة – المطروح عليها النزاع – بالفصل في الملكية(٢٩٣).

---

(٢٩٠) من الفقه: أحمد أبو الوفا – المرافعات المدنية – والتجارية – ط١٣ – ص١٣٠ – ومن القضاء مثلاً:

– تمييز ١٩٨٩/٤/٣٠ – مجلة القضاء والقانون – س١٥ – ص٣٦١ ونقض ١٩٧٣/٤/١٢

– أحكام النقض س٢٤ – ص٥٩٦ – ونقض ١٩٨٨/٦/٣٠ شعله – ص٢٢٨ رقم ١٢١.

(٢٩١) نقض ١٩٨٣/١٢/٧ – طلبة/ ص٢١ – ونقض ١٩٨٠/١/٣١ – أحكام النقض س٣١ – ص٣٦٨.

(٢٩٢) نقض ١٩٧٣/٤/١٢ – مشار إليه آنفاً.

(٢٩٣) نقض ١٩٩٤/٤/١٥ – مجلة القضاة – س٢٦ – نادي القضاة – ١٩٩٣ – ص٥٩٦ – وتمييز ١٩٨٩/٤/٣٠ – القضاء والقانون س١٥ – ص٣٦١ – رقم ١٠٧.

- وإذا باع المشتري الأول، قبل التسجيل العقار لمشتر ثان لم يسجل وجب على المشتري أن يختصم في دعواه البائع للبائع له، ليطلب الحكم بصحة العقد الصادر منه. وإلا كانت دعوى المشتري بصحة تعاقده، قبل أن يسجل البائع له عقد شرائه، غير مقبولة على ما سنرى حالاً[٢٩٤].

- وإذا توفي المشتري، يجوز لورثته رفع دعوى صحة التعاقد على البائع أو ورثته في حال وفاته. وقد جرى قضاء النقض المصرية، بأنه يصح البيع بالنسبة لمن يقربه من الورثة، ولا يصح بالنسبة لمن يطعن منهم فيه[٢٩٥]. ومعنى ذلك أن موضوع الدعوى التي يرفعها المشتري ضد ورثة البائع، بصحة، ونفاذ العقد الصادر من مورثهم عن بيع عقارات مملوكة له، يقبل التجزئة.

١٦٨ - وثمة فرض، يقوم فيه البائع، ببيع العقار إلى مشتر أول، وقبل أن يقوم المشتري بتسجيل العقد، يقوم فيه البائع بالبيع إلى مشتر ثان. فهل يجوز للأخير رفع الدعوى مباشرة على البائع له «المشتري الأول» وهل يكون له أن يرفعها على البائع الأصلي؟ الواقع أن هذا الفرض ليس نادراً - في العمل - ونلاحظ بشأنه ما يلي - أولاً - لا فائدة أن يقوم المشتري الثاني، برفع الدعوى على البائع له «المشتري الأول» مباشرة. طالما أن هذا الأخير لم يسجل سند ملكيته، خصوصاً، وقد انتهينا بأن دعوى صحة التعاقد دعوى موضوعية، تفترض ملكية البائع للعقار المبيع والبائع «المشتري الأول» في الفرض المطروح - ليس مالكاً، لأن سند ملكيته لم يسجل، فلا فائدة من رفع الدعوى عليه[٢٩٦] كذا، يبدو لأول وهلة، أنه لا يمكن للمشتري الثاني، رفع دعوى صحة التعاقد على البائع الأصلي لعدم وجود علاقة تعاقدية بينهما. وإن جاز له - مع ذلك - أخذاً من نص المادة

---

(٢٩٤) نقض ١٤/٤/١٩٨١ - أحكام النقض - س ٣٢ - ص ١١٢٢.
(٢٩٥) نقض ٢٨/٤/١٩٨١ - أحكام النقض - س ٣٢ - ص ١٣١٠.
(٢٩٦) وفي نفس المعنى، نقض ١٩/٥/١٩٦٦ - أحكام النقض - س ١٧ - ص ١٠٩٦ - وبطريق غير مباشر - نقض ١٥/٤/١٩٩٤ - منشور في مجلة القضاة - التي تصدر عن نادي القضاة بالقاهرة - ١٩٩٣ - ص ٥٩٦ - ونقض ٧/١١/١٩٨٥ - شعله/ صت ٢٢٧ رقم ١١٧.

٣٠٨ من القانون المدني. استعمال حق المشتري الأول «البائع له» في مطالبة البائع الأصلي بتنفيذ التزامه «قبل المشتري الأول» وباسم المشتري الأول، للحصول على حكم بصحة البيع الصادر لبائعه «المشتري الأول» وذلك وصولاً للحكم بصحة عقده هو. وبذا، يتسنى للمشتري الثاني، أن يرفع الدعوى على كل من البائع الأصلي، وعلى البائع له «المشتري الأول» وتأكيداً لذلك، حكم بأنه إذا باع المشتري الأول قبل التسجيل العقار لمشتر ثان لم يسجل، وجب على المشتري، أن يختصم في دعواه، البائع للبائع له، ليطلب الحكم بصحة العقد الصادر منه. وإلا كانت دعوى المشتري بصحة تعاقده، قبل أن يسجل البائع له، عقد شرائه، غير مقبولة[٢٩٧]. ونؤكد مرة أخرى بأن المشتري الثاني، لا يستطيع أن يختصم البائع الأصلي - الا بطريق الدعوى غير المباشرة كما أنه لا فائدة من رفع الدعوى على البائع له مباشرة، طالما أنه لم يسجل سند ملكه.

- فإذا امتنع البائع الأصلي عن القيام بإجراءات التسجيل. فلا يمكن للمشتري الأخير إجباره على تنفيذ التزامه، عن طريق دعوى صحة التعاقد إذا تبين أن البيع الصادر منه إلى البائع له غير صحيح، أو غير واجب النفاذ[٢٩٨].
- كما أن البائع، يعفى من التنفيذ العيني للالتزام بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، إذا أصبح تنفيذه مستحيلاً. فإذا كانت الاستحالة، ترجع إلى سبب أجنبي لا يد للبائع فيه. فإن الالتزام بنقل الملكية ينقضي، وينفسخ عقد البيع بسبب ذلك[٢٩٩].
- وإذا تبين أن البائع لا يملك إلا جزءاً من العقار المبيع، امتنع على المحكمة إجابة المشتري، والبائع عن طلبهما الحكم بصحة التعاقد عن كامل القدر المبيع

---

(٢٩٧) نقض ١٤/٤/١٩٨١ - أحكام النقض - س ٣٢ - ص ١١٢٢ ومن الفقه الأهواني/ ص ٢٩٨.

(٢٩٨) نقض ١٩/٥/١٩٨١ - أحكام النقض - س ١٧ - ص ١٠٩٦.

(٢٩٩) نقض ٢/١٢/١٩٨١ - طلبه - ص ٢٤ - ونقض ٢٣/٢/١٩٨٤ - طلبه - ص ٢٠

(٣٠٠) نقض ٧/١١/١٩٨٥ - شعله ص ٢٢٧ - ونقض ١٦/٤/١٩٨١ - أحكام النقض س ٣٢ - ص ١١٤٤.

لوروده في شق منه على بيع لملك الغير[٣٠٠]. وإنما يمكن - في هذا الفرض - الحكم للمشتري بصحة عقده بالنسبة للقدر الذي ثبت أنه مملوك للبائع له لقاء ما يعادله من الثمن المتفق عليه[٣٠١]. مع إمكانية تملك الجزء الباقي بإقرار المالك الحقيقي، أو أيلوله ملكيته إلى البائع إعمالاً لنص م٥٠٩ مدني.

١٦٩ - ولا يمكن الحكم بصحة التعاقد عن عقار غير قابل للتعامل فيه[٣٠٢] ولا عن عقار لم يقم فيه البائع بتسجيل عقد شرائه. ما لم يقم المشتري باختصام البائع الأصلي - كما قدمنا - ليطلب الحكم بصحة العقد الصادر منه إلى البائع للمشتري توطئة للحكم بصحة عقده هو. فإذا ما سجل الحكم الصادر بصحة العقدين انتقلت الملكية إليه.

١٧٠ - وأخيراً، فإن دعوى صحة التعاقد، دعوى استحقاق بحسب المآل - يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشتري، تنفيذاً عينيا[٣٠٣].

وقد يحتج على ذلك، بأن المشتري، لا يطالب تثبيت ملكيته على المبيع، فهو دائن للبائع بالتزام شخصي بنقل الملكية. إلا أنه غير مالك، طالما البيع لم يسجل ومع ذلك، فقد تواترت أحكام القضاء على أنها دعوى استحقاق بحسب المآل، ولعل المقصود بذلك، أن من شأنها، انشاء حق الملكية العقارية، بعد تسجيلها، أي بحسب المآل.

ب - شروط الحكم، بصحة ونفاذ البيع.

١٧١ - قدمنا - بأن المقصود بدعوى صحة التعاقد، تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل الملكية إلى المشتري تنفيذاً عينياً، والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام

---

(٣٠٠) نقض ٢٤/١١/١٩٧٥ - أحكام النقض - س ٢٦ - ص ١٤٦٥.

(٣٠١) فلا يجوز الحكم بصحة ونفاذ البيع الوارد على املاك الدولة - تطبقاً لذلك نقض ٩/٤/١٩٨٧ - شعلة - ص ٢٢٨/رقم ١٢.

(٣٠٢) من ذلك مثلا - نقض ١٦/٣/١٩٨٨ - شعله - ص ٢٢٩ رقم ١٢٢ - ونقض - ١٧/١١/١٩٧٩ - أحكام النقض س ٣٠ - ص ٣٧.

(٣٠٣) مثلا - نقض ٢/٢/١٩٥٦ - خلف ٦٨٤ - ٢٦٧،

تسجيل العقد في نقل الملكية[٣٠٤] وتطبيقاً للمبادىء العامة في التنفيذ العيني للالتزام. لا تكون الدعوى مقبولة إلا إذا كان التسجيل، ونقل الملكية ما زال ممكناً، بشرط أن يكون المشتري قد وفى بكامل الثمن. كذا، أوجب المشرع على المشتري، تسجيل صحيفة الدعوى، حتى يكون في مأمن من تصرفات البائع بعد ذلك.

وسوف نعرض - لهذه المسائل تباعاً على النحو الآتي:

١ - الشرط الأول - أن يكون التسجيل الناقل للملكية ما زال ممكناً:

١٧٢ - ويمكن تفسير هذا الشرط، بالنظر إلى أن دعوى صحة التعاقد، دعوى تنفيذ عيني للالتزام، ولا يمكن إجبار المدين على تنفيذ التزامه عيناً إلا إذا كان ممكناً. وبذا، لا يحكم للمشتري بصحة، ونفاذ البيع إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذي يصدر في الدعوى ممكنين[٣٠٥] ويتفرع عن ذلك - عدم جواز الحكم بصحة التعاقد إذا كان البائع غير مالك للعقار، لأن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا كان البائع مالكاً. وعلى المحكمة، فحص هذه المسألة قبل ا لحكم في الدعوى.

ولا يجوز للمحكمة - في حالة توالي البيوع العقارية - أن تحكم بصحة التعاقد للمشتري الأول إذا سبق المشتري الثاني في التسجيل.

٢ - الشرط الثاني - الوفاء بكامل الثمن.

١٧٣ - وتفسير هذا الشرط، أن البيع - كما قدمنا - عقد ملزم للجانبين، لا يجوز فيه للمشتري، إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية - برفع دعوى صحة ونفاذ البيع - ما لم يكن المشتري نفسه - قد أوفى بالتزاماته، وأهمها دفع الثمن. وإلا جاز للبائع، أن يدفع دعوى صحة التعاقد، بعدم قيام المشتري بتنفيذ

---

(٣٠٤) في هذا المعنى، نقض ٢٣/٢/١٩٨٤ - طلبة - ص ٢٠.

(٣٠٥) التي تنص على أنه في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء، جاز لكل من المتعاقدين، أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بالوفاء بما التزم به....».

التزاماته - أخذاً من نص المادة ٢١٩ مدني[٣٠٦].

- وقد تواتر - قضاء التمييز[٣٠٧] والنقض[٣٠٨] تبعاً لذلك بأنه لا يجوز للمحكمة، الحكم بصحة التعاقد إلا إذا وفيّ المشتري بكامل الثمن، أو قام بالوفاء بالجزء من الثمن الذي يفرض عليه العقد الوفاء به.

- ولا يجوز، لغير البائع، أن يدفع دعوى صحة، ونفاذ البيع، لتخلف المشتري عن الوفاء بالتزامه بدفع الثمن. لأن هذا الدفع - هو بذاته - كما أشرنا - الدفع بعدم التنفيذ ولا يقبل الا من الطرف الآخر في العقد الملزم للجانبين.

- وإذا صدر حكم نهائي في دعوى صحة التعاقد دون الفصل في أمر الباقي من الثمن . فإن ذلك لا يمنع البائع من المطالبة به، أو طلب فسخ العقد، بدعوى جديدة، لاختلاف دعوى صحة التعاقد عن دعوى الفسخ سبباً، وموضوعاً[٣٠٩].

٣ - الشرط الثالث - وجوب تسجيل صحيفة الدعوى - أثره.

١٧٤ - طبقاً للقواعد العامة في التنفيذ العيني، يقوم الحكم بصحة، ونفاذ العقد، مقام تسجيل العقد، من حيث انتقال ملكية العقار إلى المشتري. إذا قام المشتري بتسجيل الحكم بالصحة، والنفاذ.

ولّما كان نظر الدعوى، والحكم فيها، يستغرق عادة وقتاً، يمكن فيه للبائع التصرف مرة أخرى في العقار المبيع، أو ترتيب حق عيني عليه كانتفاع أو رهن أو غير ذلك فيحتج به في مواجهة المشتري.

---

(٣٠٦) تمييز ١٩٨١/٦/١ - مجلة القضاء والقانون س ١٠ - ع ٢ - ص ٢٣٣.

(٣٠٧) مثلاً - نقض ١٩٦٧/٣/٣٠ - أحكام النقض س ١٨ - ص ٧٤٣ - ومشار إليه من فتحي عبدالرحيم - ص ١١٩ حاشية (٢).

(٣٠٨) نقض ١٩٨١/٢/٢٦ - أحكام النقض - س ٢١.

(٣٠٩) المقابلة للمادة ١٥، وبعدها من قانون الشهر العقاري في مصر - رقم ١٩٤٦/١١٤.

وحماية للمشتري من هذه التصرفات. أوجب المشرع بالمادة ١١ من قانون التسجيل[٣١٠] شهر دعوى صحة التعاقد، بتسجيل صحيفتها، بعد إعلانها، وغيرها بجدول المحكمة. وبذا يصبح المشتري في مأمن من تصرفات البائع بعد ذلك لأنه إذا نجح في دعواه، اشر بمنطوق الحكم النهائي، على هامش تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد - م ١١ مكرراً - وعندها يكون الحكم حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية إبتداء من تاريخ تسجيل الدعوى.

- فتسجيل صحيفة الدعوى التي يرفعها المشتري على البائع باثبات صحة التعاقد الحاصل بينهما على عقار ثم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش تسجيل الصحيفة من شأنه جعل حق المشتري حجه على من ترتبت لهم حقوق عينيه تاليه على العقار إبتداءً من تاريخ تسجيل الدعوى[٣١١]، وعلى ذلك، فإن حماية المشتري - عملاً - لا تنشأ إلا من الوقت الذي يقوم فيه بتسجيل صحيفة الدعوى على النحو السابق.

ثانياً - دعوى صحة التوقيع:

١٧٥ - هي الدعوى التي يقوم فيها المشتري باختصام البائع ليقر بأن عقد البيع العرفي، هو بتوقيعه، أو بإمضائه، أو ببصمة إصبعه. وذلك ليطمئن بأن البائع لن يستطيع بعد صدور الحكم بصحة توقيعه. أن ينازعه في صحته.

والحكم بصحة التوقيع، يقوم مقام التصديق عليه أمام الجهة المختصة[٣١٢].

ودعوى صحة التوقيع دعوى أصلية، ترفع بالإجراءات المعتادة، التي رسمها قانون المرافعات لرفع الدعاوي.

---

(٣١٠) نقض ٢٣/ ٢/ ١٩٨١ - أحكام النقض - س ٢٢ - ص ١٠٩٦.

(٣١١) نقض ٦/ ٤/ ١٩٤٤ - مشار إليه في الأهواني / ٣٣٢/ الحاشية (١٤٤) وتقض - ٢١/ ٤/ ١٩٥٤ - شعلة - ص ٢٣٢/ رقم (٣) ص .

(٣١٢) نقض ١٩/ ١١/ ١٩٨١ - أحكام النقض - س ٢٤ - ص ١٢٥٥٠ - نقض ٣/ ٥/ ١٩٥١ - شعله - ص ٢٣٢ - رقم (٤) ونقض ٢٣/ ٢/ ١٩٣٩ - شعله - ص ٢٣٠ - رقم (١).

- كما أنها بعكس دعوى صحة، التعاقد، دعوى تحفظيه، وليست دعوى موضوعية. كما أنها لا تندرج ضمن الدعاوي العينية العقارية. والحكم الصادر فيها لا ينصب الا على التوقيع الموقع به على الورقة. إنما لا يكون للمحكمة أن تتعرض لموضوع العقد(٣١٣).

- فإذا قام المشتري برفع الدعوى، وأقر البائع، أو سكت، فلم ينكر صحة التوقيع المنسوب إليه. حكمت المحكمة بصحة التوقيع، مع إلزام المشتري بمصروفات الدعوى. وإذا لم يحضر البائع، يمكن للمحكمة الحكم بصحة التوقيع، رغم غيبته.... وفي كل الحالات يجوز له الطعن في الحكم. بطريق الاستئناف.

أما إذا حضر البائع، وأنكر التوقيع المنسوب إليه، فيجري - في هذه الحالة، التحقيق، طبقاً للإجراءات الواردة بقانون الاثبات. وبعده تحكم المحكمة، إما بصحة المحرر، أو برده.

١٧٦ - والمهم، أن دعوى صحة التوقيع بعكس دعوى صحة التعاقد، لا توفر حماية للمشتري في مواجهة الغير. فالقانون لا يجيز تسجيل صحيفة صحة التوقيع كما هو الشأن في دعوى صحة التعاقد. وبذا، يظل المشتري متعرضاً لمخاطر أسبقية غيره في التسجيل فإذا قام البائع، ببيع العقار - مرة ثانية - أثناء الدعوى إلى شخص آخر. وقام المشتري الثاني بتسجيل عقده قبل أن يسجل المشتري الأول عقده بناء على الحكم الصادر بصحة التوقيع. فإن المشتري الثاني هو الذي يفضل في نقل الملكية.

- وأخيراً فإن الحكم الصادر بصحة التوقيع، تقتصر حجته على صحة التوقيع ولا يتعدى أثره إلى صحة التزامات الطرفين الناشئة عن العقد، فمكان ذلك - كما قدمنا - دعوى صحة التعاقد(٣١٤).

---

(٣١٣) الأهواني/ ص ٣٣٣ - بند ٣٩٣ - ولا يفيد تسجيل صحيفتها شيئا - انظر - نقض - ١٩٥٤/٤/٢١ - شعلة - ص ٢٣٢/ رقم ٣.

(٣١٤) نقض ١٩٥٢/٣/٦ - شعلة - نفس الموضع - رقم (٥).

دعوى صحة التعاقد، ودعوى صحة التوقيع: دراسة مقارنة

١٧٧ - أشرنا إلى أن دعوى صحة التعاقد، دعوى موضوعية، تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد، ومداه، ونفاذه، وتستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية، حتى إذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد في نقلها. ولذا، تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد وانعدامه، وبصحته، أو بطلانه، ومنها أنه غير جدي، أو حصل التنازل عنه... إلخ.

بينما دعوى صحة التوقيع، مجرد دعوى تحفظية لا تتعرض فيها المحكمة لموضوع التصرف الوارد في الورقة العرفية، من حيث صحته، أو بطلانه، أو صوريته، أو نفاذه... فالمقصود منها - كما ذكرنا - مجرد إثبات أن التوقيع الذي تحمله الورقة، هو توقيع البائع. ويتفرع عن ذلك نتيجة مؤداها، أن البائع لا يكون له، بعد الحكم في دعوى صحة التعاقد، الطعن في صحة العقد. بينما الحكم بصحة التوقيع لا يمنع البائع من توجيه أوجه الطعن المختلفة في صحة عقد البيع[٣١٥].

- لما كان الغرض من دعوى صحة التوقيع تطمين من بيده سند عرفي، إلى أن صاحب التوقيع عليه لا يستطيع، بعد الحكم بصحة توقيعه، المنازعة فيه. فيشترط لذلك - بداهة - أن يكون البيع مثبتاً في ورقة عرفية، ولا يشترط ذلك في دعوى صحة التعاقد. فيكون للمشتري رفعها سواء كان البيع مثبتاً في محرر عرفي أو كان شفوياً.

- لما كانت دعوى صحة التعاقد، تنطوي على معنى الإجبار على تنفيذ البائع التزامه بنقل الملكية - عيناً. فإنها لا تكون مقبولة إلا إذا كان الالتزام الوارد بالمحرر العرفي مستحق الأداء. فإن كان معلقاً على شرط واقف، أو مضافاً إلى أجل لا تكون مقبولة. بينما يكون للمشتري رفع دعوى صحة التوقيع ولو كان الالتزام الوارد بالمحرر غير حال الأداء. فليس فيها معنى الإجبار.

---

(٣١٥) في المقارنة بينهما - نقض ٢٦/٢/١٩٧٠/ أحكام النقض - س٢١/ ص٣٦٨.

- يوجب المشرع تسجيل الحكم النهائي بإثبات التعاقد، أو بالتأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى، إذا كانت قد سجلت، وتسجيل الصحيفة يحفظ للمدعى في الدعوى حقوقه من تاريخ حصوله ليحتج به على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى. ولا شيء من ذلك بالنسبة لدعوى صحة التوقيع، فهي ليست من الدعاوى التي تسجل صحائفها. فلا يراد بها سوى إثبات صحة التوقيع على المحرر العرفي. أما إذا صدر الحكم بصحة التوقيع، وسجلت الورقة العرفية مع هذا الحكم. فإنه يحتج من هذا الوقت - بأثر التسجيل فيما بين المتبايعين، وتنتقل الملكية. وبذا لا يكون نافذاً في مواجهة المشتري أي تصرف يصدر من البائع ويسجله، بعد تسجيل المشتري المحرر العرفي المقترن بحكم صحة التوقيع(٣١٦).

(٣١٦) في هذا المعنى السنهوري/ ص٦١٤/ بند/ ٢٠٩.

المطلب الثاني
التزام البائع بتسليم المبيع

تمهيد، وتقسيم:

١٧٨ - إعمالاً لنص المادة ٢٨٦ مدني، فإن الالتزام بنقل حق عيني، يتضمن الالتزام بتسليم الشيء، والمحافظة عليه، والحكم الوارد بالنص عام، ينطبق على العقود كافة، بما فيها عقد البيع. فالتسليم من مقتضيات العقد، فضلاً عن كونه أهم التزامات البائع التي تترتب بمجرد العقد، ولو لم ينص عليه فيه[٣١٧].

والالتزام بالتسليم يتفرع عن التزام البائع بنقل الملكية المبيع. وآية ذلك، أن نص المادة ٤٦٧ مدني، الخاص بالتزام البائع بتسليم المبيع، بالحالة التي كان عليها وقت العقد ورد تالياً لالتزام البائع بنقل الملكية - بالمادة ٤٦٦ من القانون المدني.

أما التزام البائع بالمحافظة على المبيع، إلى أن يسلمه للمشتري، فيتفرع عن التزامه بتسليم المبيع. والفرق بينهما، أن الأول كما سنرى التزام ببذل عناية، والثاني، يعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة.

١٧٩ - وفضلاً عن ذلك، فقد ربط المشرع الكويتي، كنظيره المصري[٣١٨] تبعة الهلاك بالتسليم، لا بانتقال الملكية[٣١٩]. كما ألزم البائع بتزويد المشتري بالمعلومات

---

(٣١٧) تمييز ٩/٤/١٩٨٩ - مجلة القضاء، والقانون - ص٢٨٢ رقم ٨١ - ومجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز - يونيه ١٩٩٦ ص٦٧٨ - قاعدة (١٧) - ونقض قديم ٣/٢/١٩٣٨ - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض -- جـ١ - ص٣٥٣ - أشار إليه، فتحي عبدالرحيم - مرجع سابق - ص١٣٣ - وتناغو ص٢١٩ - والمادة ١٦٠٤ مدني فرنسي. وجروس/ ٤٣ - وتمييز ٢٧/٣/١٩٧٧/ وتمييز ٧/٢/١٩٨٤ - وتمييز «تجاري» ٧/١١/١٩٧٠ - أحكام غير منشورة.

(٣١٨) بالمادة ٤٣٧ مدني مصري التي تقضي بأنه إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع، واسترد المشتري الثمن. إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع.

(٣١٩) بعكس القانون الفرنسي - ماليري، وآينيس/ ١٩٧ - بند ٢٩٩.

والبيانات الخاصة بالمبيع - فيما يطلق عليه، الالتزام بالإعلام أو بالإفضاء.

١٨٠ - وسنعرض بداية - لأحكام الالتزام بالتسليم - وجزاء الإخلال به، وتبعة هلاك المبيع - قبل أن نعرض للالتزام بالإعلام كالتزام ملحق أو تابع للالتزام بالتسليم.

الفرع الأول - أحكام الالتزام بالتسليم:

- النصوص القانونية:

١٨١ - نصت المادة ٤٦٧ من القانون المدني على التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع. وكذا بأن يسلمه الوثائق، والمستندات المتعلقة به.

بينما عرضت المادة ٤٦٨ مدني لالتزام البائع كذلك، بتزويد المشتري بكافة البيانات الضرورية عن المبيع. كما تناول المشرع بالمادتين ٤٦٩ - ٤٧٠ - حالة النقص، والزيادة في المبيع. ونصت المادة ٤٧٢ - على كيفية تنفيذ الالتزام بالتسليم.

وسوف نعرض بداية، لمضمون الالتزام بالتسليم - ثم كيفية تنفيذ هذا الالتزام - على النحو الآتي:

أولاً - مضمون الالتزام بالتسليم:

١٨٢ - في معرض الحديث عن مضمون الالتزام بالتسليم نتناول حالة المبيع، وملحقاته أو توابعه ومقداره.

١ - حالة المبيع، وقت البيع:

١٨٣ - طبقاً لنص المادة ٤٦٧ سالفة الذكر، فأن حالة المبيع التي ينبغي تسليمه عليها هي حالته وقت البيع. وهي مسألة بدهية لأن التراضي، الذي أنشأ العقد، ورتب آثاره، تعلق بالمبيع على الحالة التي كان عليها وقت قيامه. فوجب

تسليمه بذات الحالة التي كان عليها[٣٢٠].

ومن ناحية أخرى فإن التزام البائع بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع، يعني أن مضمون التزام البائع بتسليم العين المبيعة إلى المشتري، إنما يتحدد بطبيعة المبيع.

١٨٤ - فإذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات، فإن المبيع تتحدد حالته، بأوصافه الأساسية المتفق عليها[٣٢١] فوجب لذلك تسليمه بذات الحالة.

ويتفرع عن ذلك، أنه لا يجوز للبائع أن يحدث أي تغيير في الشيء المبيع سواء كان من الناحية المادية، أو القانونية، بما في ذلك ترتيب حق عيني عليه - بعد البيع فيعتبر لذلك تغييراً في المبيع، رهنه، بعد البيع. كذا، لا يجوز للبائع - من باب أولى، استبدال المبيع بغيره، ولو كان مساوياً له في القيمة، أو أزيد منه وإذا كان المبيع - وقت البيع - بحالة سيئة، فلا يلتزم البائع بإصلاحه وإذا حصلت زيادة في المبيع، فإنها تكون من حق المشتري إذا كانت زيادة طبيعية[٣٢٢].

- وإذا تضمن العقد، التزام البائع بتسليم المبيع بحالة جيدة، وجب عليه إجراء الإصلاحات اللازمة لجعل المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع. أي بحالة جيدة.

١٨٥ - وإذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع، التزم البائع بتسليمه، بحسب ما اتفق عليه في العقد[٣٢٣] وإذا لم يتفق المتبايعان على درجة الشيء من حيث جودته

---

(٣٢٠) تمييز تجاري ١٧/٥/١٩٩٤ - غير منشور عن الإخلال بالتسليم الفعلي للسيارة وفي القانون الفرنسي ماليرى وآينس/ ص١٩٨ بند ٣٠٢ - وبعده..

(٣٢١) نقض ١٢/٤/١٩٩٠ - أحكام النقض س٤١ - ص٩٨٤/١٦١ - ونقض فرنسي - ٤ أبريل ١٩٩١ - بلتان مدني - رقم ١٣٠ - ودالوز ١٩٩٢ - مختصرات - ص٢٠١.

(٣٢٢) جميل الشرقاوي، البيع والمقايضة،/ص١٥٧ وبعدها. ونقض فرنسي ١٤ ابريل ١٩٩١ بلتان مدني - رقم ١٣٠ - دالوز - ١٩٩٢ - مختصرات/ ص٢٠١.

(٣٢٣) أي، بخصائصه، وكميته، وماركته، ونوعه، الوارد بالعقد. ماليري، وآينيس ص١٩٩/ بند ٣٠٢ - ونقض مدني - أول ديسمبر ١٩٨٧ - بلتان مدني - ١ - رقم ٣٢٤ نشر ملخصه في ماليري، وآينيس - مرجع سابق - موضع سابق.

ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف، أو من أي ظرف آخر، التزم البائع بتسليم شيء **من صنف متوسط**. ومعنى ذلك، أن البائع - لا يلتزم - والحال هكذا - بأن يسلم مبيع من صنف جيد، حتى لا يلحق غبن به ولا من صنف رديء حتى لا يلحق غبن بالمشتري(٣٢٤).

١٨٦ - وإذا كان المبيع عقاراً، وجب على البائع تسليمه بحالته التي كان عليها وقت البيع، ولا يغير من ذلك، عدم تسجيل العقد. ففرق بين الالتزام بالتسليم، والالتزام بنقل الملكية. والأول، يترتب بمجرد البيع، حين يتراخى الثاني، إلى تسجيل العقد(٣٢٥) ويتفرع عن ذلك، أنه لا يجوز لبائع العقار البناء عليه، قبل قيام المشتري بالتسجيل. وإلا عُدَّ، في أحكام النقض المصرية، مخلاً بالتزامه تسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع، وبانياً في ملك الغير بسوء نية، وأخذاً من نص المادة ٩٢٤ مدني، المقابلة للمادة ٨٨٢ مدني كويتي، يكون المشتري بالخيار، بين طلب إزالة البناء أو الإنشاء، أو استبقاء المبيع، مع دفع قيمة الزيادة، أو قيمة ما زاد من ثمن العقار نتيجة إقامة المباني، أو الإنشاءات(٣٢٦) ومقابل ذلك، كانت محكمة النقض تذهب في البداية بأنه، يكون للمشتري، بعقد البيع العقاري، غير المسجل، حيازة المبيع، والانتفاع به بكل وجوه الانتفاع، بما في ذلك البناء على سبيل البقاء، والقرار. . . . ومن ثم يقوم به سبب الشفعة، ولا مخالفة في ذلك لقانون التسجيل(٣٢٧) وقد عدلت المحكمة - حديثاً عن هذا الاتجاه. واستقرت على اعتبار المشتري بانياً في ملك غيره. وبذا، يكون للبائع ملكية المنشآت التي أقامها، تطبيقاً لأحكام الالتصاق، وبررت عدولها، بأن حق القرار، الذي كانت قد أسست عليه تملك المشتري لما أقامه من منشآت «حق عيني، من قبيل الملكية، فلا ينشأ، ولا ينتقل إلا بالتسجيل(٣٢٨).

---

(٣٢٤) في نفس المعنى، نقض ١٩/٤/١٩٥١ - المجموعة - جـ١ - ص٣٥٥.

(٣٢٥) أو تسجيل صحيفة دعوى صحة، ونفاذ البيع.

(٣٢٦) المذكرة الإيضاحية تعليقاً على المادة ٨٨٢ مدني.

(٣٢٧) نقض ٨/٤/١٩٧١ - أحكام النقض س٢٢ - ص٣٤٣ - والبدراوي / ص٢٤٦.

(٣٢٨) نقض ٢٥/٢/١٩٨١ - خلف/ ٥٧٥/ ٢٢٥ - نقض ١٦/٤/١٩٨٦ - خلف/ ٢٢٨/٥٨٤ ومشار إليهما في شكري سرور - الملكية - ص٥٤/ بند ٧٤ - الحاشية (٥).

- وعلى أية حال، فإذا اقتضى البيع - بطبيعته - تسليم متتابع للمبيع - فإن تقدير حالة المبيع، وقت البيع، ينبغي النظر فيها إلى المبيع في مجمله، إذا كان لا يقبل التجزئة. وعلى العكس، إذا كان التسليم متتابعاً Livraison - Successive والمبيع يقبل التجزئة فإن النظر، فيما إذا كان البائع قد سلم المبيع بحالته، وقت البيع، تقدر بكل عملية تسليم على حدة. فمخالفة أي منها، لا يمس في نظر القضاء الفرنسي بصفة خاصة المبيع بأكمله، كما اتفق عليه في العقد[(٣٢٩)].

٢ - ملحقات المبيع:

١٨٧ - إعمالاً لنص المادة ٤٥٥ مدني، فإن البيع يشمل، كل ما كان من ملحقات المبيع، وتوابعه، وذلك وفقاً لطبيعة المعاملة، وعرف الجهة، وقصد المتعاقدين[(٣٣٠)].

وبذا، فإن النص، قد حدد تفصيلاً، ما يدخل في المبيع، ولو لم يذكر في العقد. كما حرص المشرع - خصوصاً - على وضع النص، في موضعه الصحيح وهو تحديد المبيع، لتعلقه بالمبيع، لا بالتسليم. وهو ما لم تفطن إليه تقنينات أخرى، قنعت بأن تحدد مشتملات التزام البائع بالتسليم. والأولى في اعتقادنا - أن يحدد محل العقد ككل، حتى يتحدد على أساسه مشتملات التزام البائع جميعها، وليس، التزام التسليم فحسب[(٣٣١)]. وأياً ما كان الأمر، فإن المفهوم من صياغة

---

(٣٢٩) مثلاً نقض - تجاري (٢) أكتوبر ١٩٧٤ - بلتان مدني - ٤ - رقم ٢٦١ - وماليري، وآينيس/ ص١٩٩ - الحاشية رقم (١٢). ويمكن الأخذ بذات الحكم في القانون الكويتي.

(٣٣٠) المقابلة للمادة ٥٧٢ من القانون المدني المصري - والمادة ١٦١٥ مدني فرنسي. ويضرب الفقه الفرنسي، أمثلة ذلك في بيوع العقارات، التي يشتمل فيها التسليم على ملحقات، شهادة العمران... والمخطط الهيكلي، وسند الملكية. وتشتمل بيوع المنقولات على تسليم الشهادات الصحية، وبيان الضرائب، والجمارك.. كما يشمل تسليم السيارة، رخصة التسيير - وشهادة المنشأ في بيع الخيول - وانظر نقض ٢٢ يناير ١٩٩١ - دالوز ١٩٩١ - مختصرات - ٥٦ - ودعوى الضمان العشري تعتبر ملحقاً في بيوع المنازل الحديثة - إذا توافرت الشرائط الأخرى للمادة ٦٩٢ مدني كويتي. انظر أحمد الزقرد دعوى المشتري بالضمان الخاص للمباني والإنشاءات في مواجهة المقاول، أو المهندس مجلة الحقوق/ عدد يونيه ١٩٩٨.

(٣٣١) وانظر المذكرة الإيضاحية تعليقاً على النص المذكور ص٣٦٤.

النص، التفرقة بين ملحقات المبيع، وتوابعه. والحقيقة أنهما مترادفان، لأن ما يكون من الملحقات يعتبر من توابع المبيع[٣٣٢].

وقد ورد النص المقابل في القانون المصري، على أن التسليم يشمل ملحقات الشيء المبيع، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء حسب طبيعة الشيء، والعرف، وقصد المتعاقدين. وهو يفصل بذلك بين ملحقات الشيء، وبين ما أعد بصفة دائمة لاستعماله في حين أن كلاهما لا ينفصل. فملحقات الشيء، هي ما أعد بصفة دائمة لاستعماله. أو هي الأشياء التي بدونها لا يكتمل انتفاع المشتري بالمبيع[٣٣٣].

وإذا كانت ملحقات المبيع، لا تختلف عن توابعه، في القانون الكويتي. ويقصد بها الأشياء اللازمة لخدمة الشيء، واستغلاله. فإن التساؤل، يظل قائماً - مع ذلك - بصدد المعيار الذي يحدد على أساسه الأشياء التي تدخل في معنى الملحقات؟

١٨٨ - والواقع أنه يرجع لتحديد ما يعتبر من ملحقات المبيع بداية لقصد المتعاقدين وإلا، فيرجع إلى طبيعة المعاملة. ويقصد بها محل العقد، «منقولات أو عقارات» فالملحقات تختلف في بيع المنقول عنها بالنسبة لبيع العقار. وإلا فإنه يرجع إلى عرف الجهة، والمقصود بالجهة في النص «مكان وجود المبيع وقت إبرام البيع» أو موطن البائع، بحسب الأحوال. فلا يقصد بها مكان إبرام العقد ولا مواطن المشتري. وعلى أية حال، فإن، تحديد ما يعتبر من ملحقات المبيع، مسألة موضوعية يترك، تقديرها لقاضي الموضوع، بدون رقابة من محكمة التمييز.

١٨٩ - وإعمالاً لحكم المادة ٤٦٥ مدني، فإن للمشتري ثمر المبيع، ونماؤه، . . . من وقت البيع . . . ما لم يوجد اتفاق، أو عرف يقضي بغير ذلك[٣٣٤] وهذا الحكم يماثل ما كانت تنص عليه م٢٣٦ من المجلة، أن الزيادة

(٣٣٢) في نفس المعنى الأهواني / ٣٦٢.
(٣٣٣) وقد جاء هذا النص، ترجمة لنص المادة ١٦١٥ مدني فرنسي.
(٣٣٤) ونفس المعنى بنص المادة ١٦١٤ مدني فرنسي.

الحاصلة في المبيع، بعد العقد، وقبل القبض، كالثمرة، وأشباهها، هي للمشتري. ومعنى ذلك، أن حق المشتري في الثمار، لا شأن له بانتقال الملكية، بل يثبت أصلاً له من وقت إبرام العقد. وهذه القاعدة، ليست من النظام العام، إذ يمكن الاتفاق على ما يخالف أحكامها، ومن ذلك مثلاً، الاتفاق على تأجيل التسليم، فترة معينة بعد إبرام العقد فلا يكون للمشتري إلا الثمار التي ينتجها المبيع وقت حلول أجل التسليم، وليس وقت انعقاد العقد.

وجدير بالملاحظة، أن الثمار، كل ما ينتج عن الشيء بصفة دورية منتظمة، من دون مساس بأصل الشيء. وهي بدورها، إما أن تكون طبيعية، كنتاج الحيوان أو صناعية، بتدخل الإنسان. وإما أن تكون ثماراً مدينة، كأجور المنازل أو غيرها وجميعها، يجب تسليمه إلى المشتري باعتباره مالكاً للأصل «المبيع» فوجب لذلك، أن يمتلك ما يتولد عنه من ثمار.

ومجمل ما تقدم أنه إذا كانت ملكية العقار المبيع لا تنتقل إلى المشتري - كما أسلفنا - قبل تسجيل عقد البيع، والبائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري، ولو لم يسجل العقد. فيترتب على ذلك نتيجة مؤداها تملك المشتري ثمار المبيع من تاريخ إبرام البيع[٣٣٥].

٣ - مقدار المبيع:

١٩٠ - رأينا أن المبيع، إذا كان معيناً، بالذات التزم البائع بتسليمه بالحالة التي كان عليها وقت العقد. فإن كان معيناً بالنوع فقط، التزم البائع بتسليمه بمقداره المتفق عليه في العقد.

وقد عرض المشرع - بعد ذلك - لحكم النقص، أو الزيادة في المبيع إذا كان معيناً بالذات، وعين مقداره في عقد البيع. فنص على أن البائع يكون ضامناً للقدر الذي عينه للمبيع، بحسب ما يقضي به العرف. وهو ما يعني أنه إذا نقص المبيع

(٣٣٥) ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك - نقض ١٩٧١/٤/٨ - أحكام النقض - س٢٢ - ص٤٤٣ - ونقض ١٩٦٩/١/٢٣ - أحكام النقض س٢٠ - ص١٥.

عن القدر المعين في العقد يكون المشتري بالخيار بين الفسخ، وبين إنقاص الثمن بقدر ما أصابه من ضرر - م٤٦٩ كما، نص المشرع في م٤٧٠ مدني على أحوال الزيادة في المبيع.

وسوف نعرض بداية لحكم العجز في مقدار المبيع. قبل أن نتناول زيادة مقدار المبيع وسقوط الدعاوى الناشئة عن العجز أو الزيادة على النحو الآتي:

أ - العجز في مقدار المبيع:

١٩١ - الأصل، أن البائع مسؤول عن أي عجز بالمبيع، ولو كان صئيلاً. ويقصد بالعجز، أن يكون القدر المشتمل عليه المبيع أقل من القدر المتفق عليه في العقد. وتبعاً لذلك حكم بأن البائع، يضمن للمشتري القدر الذي تعين للمبيع بالعقد. وذلك دون تمييز بين ما إذا كان الثمن، قد قدر بالعقد بسعر الوحدة، أو تعين جملة واحدة. بل جعل المشرع للمشتري الحق في هذا الضمان إذا وجد عجزاً في المبيع بطلب انقاص الثمن، أو فسخ المبيع بحسب الأحوال، طالما أن مقدار المبيع قد تعين في العقد[٣٣٦]. وإذا كانت القاعدة أن العجز في المبيع، يعتد به، ولو كان يسيراً، فإن العرف، خاصة في المواد التجارية يقضي بالتسامح في النقص اليسير. وفي هذه الحالة لا يرجع المشتري على البائع بشيء.

وعلى العكس، إذا كان العجز في مقدار المبيع، مما لا يتسامح فيه، كان للمشتري مطالبة البائع بتعويض ما نقص من مقدار المبيع. وقد يتمثل التعويض مثلاً في إنقاص الثمن بنسبة ما نقص في مقدار المبيع. ويجوز للمشتري إذا لم يكن قد دفع الثمن كاملاً للبائع، أن يخصم منه قيمة التعويض الذي يحكم له به[٣٣٧].

- كما يكون للمشتري، طلب فسخ البيع، للنقص في مقدار المبيع. وليس

(٣٣٦) نقض ١٩٧٠/١١/٣ - شعلة - ص٢٥٢ - نقض ١٩٦٦/٢/١ - أحكام النقض - س١٧ - ص٢٠٦.

(٣٣٧) انظر، السنهوري / بند ٢٩٨.

له هذا الخيار الأخير إلا إذا كان العجز في المبيع، الذي تعين في العقد، جسيماً بحيث لو علم به المشتري قبل الشراء، لما أقدم على إبرام البيع.

- وعلى أية حال، فإن طلب تخفيض الثمن، أو فسخ العقد للعجز في مقدار المبيع، وحتى تقدير جسامة العجز - من المسائل الموضوعية التي يترك تقديرها لمحكمة الموضوع، دون رقابة محكمة التمييز[٣٣٨].

ب - زيادة مقدار المبيع:

١٩٢ - إذا ظهرت بالمبيع المعين بالعقد، زيادة ولم يكن ثمة اتفاق، أو عرف واجب التطبيق بشأنها، فيجب إعمال الحكم الوارد بالمادة - ٤٧٠ مدني وهي تفرق بين حالتين: الأولى - أن يكون الثمن قد قدر بسعر الوحدة - والثانية، أن يكون الثمن قد قدر جملة واحدة. وفي الحالة الأولى، أي عندما يكون الثمن مقدراً بسعر الوحدة، ينبغي التفرقة بين ما إذا كان المبيع قابلاً للتبعيض، أي يقبل التجزئة دون الاضرار بالبائع. وعندها تكون الزيادة للبائع، يستحق استردادها عيناً الا إذا قبل المشتري أخذها في مقابل زيادة الثمن بقدرها.

وهو حكم منطقي، فالزيادة لم تدخل في البيع، والمبيع ذاته يقبل التجزئة بدون أضرار بالبائع.

- أما إذا كان المبيع لا يقبل التجزئة، أو يمكن تجزئته، ولكن مع الأضرار بالبائع، فإن البائع يستحق ثمن الزيادة، وعلى المشتري أن يكمل الثمن، ما لم تكن الزيادة في مقدار المبيع جسيمة، فيمكن للمشتري - عندئذ - طلب فسخ البيع.

ويرى البعض، أن الزيادة الجسيمة التي يجوز معها للمشتري فسخ العقد، تلك الزيادة التي يعجز المشتري عن دفعها[٣٣٩] بينما يرى البعض الآخر، أن المعيار

---

(٣٣٨) غانم - الوجيز في عقد البيع / ص١٨٦ - جميل الشرقاوي / ص١٦٠ - تناغو / ص٢٢٤ - البدراوي / ص٢٥٨.

(٣٣٩) منصور مصطفى منصور - مذكرات في العقود المسماة - البيع ، والإيجار - دار المعارف - بند ٧٥.

الذي يعتد به في تحديد جسامة زيادة المبيع، هي تلك الزيادة التي لو علم بها المشتري، لما أقدم على إبرام العقد[٣٤٠] وعندنا، أن هذه المسألة، يترك تقديرها، لمحكمة الموضوع، طبقاً لظروف الدعوى، وملابساتها، وإن كان على المحكمة أن تستهدي بقدرة المشتري على دفع هذه الزيادة، ومدى الضرر، أو النفع الذي قد يترتب على أخذها..

وجدير بالملاحظة، أن الثمن يعتبر مقدراً على أساس الوحدة، حتى ولو ذكر في العقد مجموع الثمن إلى جانب سعر كل وحدة على حدة.

- وفي الحالة الثانية، أي إذا كان الثمن مقدراً جملة واحدة، ثم تبين عند التسليم زيادة مقدار المبيع، فإن الزيادة، من نصيب المشتري، فلا يطالبه البائع بزيادة في الثمن مقابلها. ويكون الثمن مقدراً جملة واحدة. أي بثمن إجمالي، دون الاعتداد بسعر كل وحدة على حدة. كبيع قطعة من الأرض بثمن إجمالي دون تحديد كم يساوي سعر المتر، مثلاً.

جـ - سقوط الدعاوي الناشئة عن العجز، والزيادة.

١٩٣ - قدمنا بأن وجود عجز، أو زيادة بالشيء المبيع ينشأ عنه دعاوي عدة: دعوى المشتري انقاص الثمن، عند النقص في المبيع، أو دعواه بفسخ البيع، إذا كان النقص جسيماً، أو كان هناك زيادة فيه، وكان لا يقبل التجزئة، أو يقبل التجزئة ولكن مع الأضرار بالبائع، في حال ما إذا كان ثمن المبيع مقدراً بسعر الوحدة. وأخيراً فهناك دعوى تكملة الثمن، التي يرفعها البائع، إذا كان ثمة زيادة في المبيع وكان لا يقبل التجزئة، أو يقبلها ولكن مع الأضرار بالبائع، في حالة ما إذا كان الثمن مقدراً على أساس الوحدة.

وإعمالاً لنص م ٤٧١ مدني، تسقط الدعوى بفسخ العقد، أو إنقاص الثمن، أو تكملته، أو رد الزيادة بسبب العجز، أو الزيادة في المبيع، إذا انقضت سنة واحدة من وقت التسليم.

---

(٣٤٠) فتحي عبدالرحيم / ص ١٥١.

١٩٤ - ونلفت النظر، أن مدة السنة، تبدأ من وقت التسليم، ولا يشترط لذلك أن يكون التسليم فعلياً، إذ يكفي أن يضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري أو «يهيء له فرصة كشف حقيقة زيادة، أو نقص المبيع»[٣٤١]. ولو لم يتسلمه فعلاً.

كما أن سقوط حق المشتري، في طلب انقاص الثمن، أو فسخ العقد بسبب العجز في المبيع، أو حق البائع في طلب تكملة الثمن، لا ينطبق إلا إذا كان مقدار المبيع قد عين في العقد. فإذا كان المبيع معيناً بالنوع فقط، وكان البائع، قد سلم قدراً أقل، أو أكثر فإن تلك الدعاوي لا تسقط الا طبقاً للقواعد العامة في عدم سماع الدعوى بمرور الزمن.

كذا، فإن أحكام العجز، والزيادة في مقدار المبيع لا تطبق إلا إذا لم يوجد اتفاق، أو عرف. فهي إذن قواعد مكملة لارادة المتعاقدين. وبذا يجوز الاتفاق على سقوط هذه الدعاوي بمدة أخرى أكثر، أو أقل.

- والحكمة من النص على مدة السنة، لسقوط الدعاوي الناشئة عن العجز والزيادة في مقدار المبيع، عدم تهديد البائع، في حال العجز، والمشتري في حال الزيادة مدة طويلة بالرجوع عليه بالفسخ، أو إنقاص الثمن، أو تكملته بما يؤدي إلى استقرار المعاملات في عقد، من أهم العقود ونذكّر مرة أخرى بأن دعوى الفسخ التي تسقط بمضي سنة من وقت التسليم طبقاً للمادة ٤٧١ مدني هي دعوى الفسخ بسبب العجز، أو الزيادة في المبيع، أما دعاوي الفسخ الأخرى بسبب اخلال أحد المتعاقدين، بالتزاماته المترتبة على العقد فإن مدة عدم سماع الدعوى بالنسبة لها هي خمس عشرة سنة - تطبيقاً للقواعد العامة[٣٤٢].

---

(٣٤١) الأهواني / ص ٣٥٣ - وقارن السنهوري - ص ٥٢.
(٣٤٢) تمييز ١/٦/١٩٨٧ - القضاء والقانون - ص ٢٣١ - قاعدة ٦٣.

ثانياً: كيفية تنفيذ الالتزام بالتسليم:

النصوص القانونية:

١٩٥ - تنص م ٤٧٢ مدني على أن التسليم يحصل بالتخليه بين المبيع، والمشتري، على وجه يتمكن به المشتري من حيازته، والانتفاع به دون حائل، ولو لم يقبضه بالفعل ما دام البائع قد أعلمه بذلك. ويكون التسليم في كل شيء على النحو الذي يتفق مع طبيعته. وهذا، هو التسليم الفعلي.

بينما، تنص م ٤٧٣ مدني على أن التسليم يجوز أن يتم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حوزة المشتري عند البيع، أو اتفق على أن يستبقيه البائع في حوزته بعد البيع لسبب آخر غير الملك[٣٤٣] وهذا هو التسليم الحكمي - ونعرض - فيما يلي - لنوعي التسليم.

١ - التسليم الفعلي.

١٩٦ - يبين مما تقدم أن التسليم قد يكون فعلياً، أو حكمياً. وأن التسليم الفعلي يفترض توافر عنصرين: الأول، أن يقوم البائع بالتخلية بين المبيع والمشتري، والمقصود بذلك وضع المبيع تحت يد المشتري بحيث يتمكن من حيازته، والانتفاع به من دون عائق ولو لم يستول المشتري على المبيع. فتسليم العقار مثلا، يتم بتسليم مستندات الملكية، فإن كان العقار، مبنى، أو انشاء فإن التسليم يتم بتسليم مفاتيحه. بشرط تمكين المشتري من حيازته، والانتفاع به دون عائق، ويترتب على ذلك أن تسليم مستندات الملكية، أو مفاتيح العقار المبيع لا يكفي، إذا كان البائع نفسه، أو أحد اتباعه ما زال يشغل العقار فعلا[٣٤٤].

ومع ذلك، فإن وجود مستأجر، أو أكثر بالعقار المبيع، لا يدخل في معنى العائق المادي الذي يحول ذلك التسليم، إذا كان الإيجار نافذاً في حق المشتري ولا يكون الإيجار نافذاً في حقه بغير رضاه. ما لم يثبت أنه كان يعلم به أو كان له تاريخ ثابت سابق على السبب الذي ترتب عليه انتقال الملكية إليه - م٦٠٧ مدني.

---

(٣٤٣) تمييز ١٩٨٩/٤/٩ - المجموعة - ص ٧٦٨ ونقض ١٩٥٩/٦/٢٥ - أحكام النقض/ س١٠/ ص٤٩٩.

(٣٤٤) السنهوري / ص ٧٥٠ - مرقس / ص ٣٤٠.

- ويكفي لقيام التسليم، أن يضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يتمكن من حيازته، والانتفاع به دون عائق. حتى ولو لم يقم المشتري بتسلم المبيع فعلاً، ففرق بين التسليم، والتسلم فالأول، يعتبر التزاماً على عائق البائع، والثاني هو التزام يقع على المشتري كما سنرى لاحقاً.
- وإذا كان المبيع منقولاً مادياً، فإن التسليم قد يتم فعلياً، إذا كان المنقول صغير الحجم، خفيف الوزن. وقد يكون التسليم بصورة رمزية، وهو أقل فاعلية من التسليم الفعلي. ومثال التسليم الرمزي للمنقولات المادية تسليم سندات الشحن، أو سندات الايداع، فإذا حدث النزاع بين مشتر تسلم المبيع فعلا، وآخر، تسلمه حكما «مستندات المبيع» كانت الأفضلية لمن تسلم المنقول فعلاً إذا كان كلاهما حسن النية، أخذاً من نص م٩٠٢/ ٢ مدني.

أما تسليم الحقوق العينية فيتم بتسليم سند الحق، أو الترخيص باستعماله بما في ذلك مثلا بيع حقوق الارتفاق، والانتفاع- أما في الحقوق الشخصية كحوالة الحق يجب على المحيل أن يضع الحق المحال تحت تصرف المحال له، بتسليمه سند الحق، مع تحويل كل ما لديه من الوسائل لاثبات الحق، والحصول عليه ليتمكن من استعماله في مواجهة المحال عليه[٣٤٥].

فإن كان المبيع سندات أو شيكات إذنية، تم التسليم بالتظهير، أما التسليم بالنسبة للأسهم، والكمبيالات، والشيكات لحاملها فيتم عن طريق المناولة.

١٩٧ - أما العنصر الثاني، الذي لا يتم التسليم بدونه، فهو إعلام البائع للمشتري بأن المبيع قد وضع تحت تصرفه. ومعنى ذلك أن مجرد العلم لا يكفي لحصول التسليم. بل يلزم اخطار البائع للمشتري بذلك حتى يتمكن من الانتفاع بالمبيع. وتفسير ذلك، أن التسليم - كما ذكرنا - يتم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري، ولو لم يتسلمه فعلاً، وقد يحدث - عملاً - أن يضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري، فعلاً، بينما لا يعلم الأخير بذلك، فلا يتسنى له الانتفاع به. لذا اشترط المشرع، ضرورة إعلام البائع للمشتري بتمام تنفيذه لالتزامه، بوضع المبيع تحت تصرفه.

---

(٣٤٥) الأهواني / ص ٣٧٨ / بند ٤٤١.

- ولا يشترط تحقق الاعلام بوسيلة محددة. فقد يتم بانذار، أي بورقة رسمية من أوراق المحضرين، تعلن إلى المشتري في موطنه، وينبه عليه فيها بأن المبيع وضع تحت تصرفه. وقد يتم بخطاب مسجل، بعلم الوصول، أو بخطاب عادي وقد يتم شفاهه. وفي كل الحالات، فإن عبء إثبات إعلام المشتري، يقع على عاتق البائع. أعمالاً للمبادىء العامة في الاثبات.

- وعلى أية حال، فمتى توافر هذان العنصران، اعتبر البائع، قد نفذ التزامه بتسليم المبيع، بحيث تترتب آثاره القانونية، خصوصاً فيما يتعلق بتبعة هلاك المبيع - على ما سنرى.

٢ - التسليم الحكمي:

١٩٨ - وبعكس التسليم الفعلي، قد يتم تسليم المبيع حكماً، أي بمجرد التراضي عليه، ولو لم يحدث تسليم فعلي. بأن يكون المبيع في حيازة المشتري، عند إبرام عقد البيع، أو بأن يستبقي البائع المبيع في حوزته، بعد البيع ودون حاجة لانتقال الشيء مادياً من يد إلى أخرى[٣٤٥م]. أي أنه يتم حكما وليس فعلا. ومثال الحالة الأولى، أن يكون الشيء موجودا من قبل في حيازة المشتري باعتباره مستأجرا، أو مودعا لديه، أو مرتهنا رهنا حيازياً. ثم يتفق بعد ذلك على بقاء الشيء في حيازة المشتري بصفته مالكا له. فلا يحدث تغيير في الحيازة المادية.

ومثال الحالة الثانية، أن يظل المبيع في حيازة البائع، وإنما على أساس آخر، خلاف الملكية، كالإيجار، أو الوديعة أو الرهن الحيازي - فيصبح يده على الشيء بعد بيعه، ليست يد ملكية.

وهاتان الحالتان، لا تخرج عن كونهما تطبيقا لمبدأ عام يقضي بجواز أن يتم انتقال الحيازة دون تسليم مادي، إذا استمر الحائز، واضعا يده لحساب من يخلفه في الحيازة، أو استمر الخلف، واضعا يده، ولكن لحساب نفسه.

(٣٤٥م) تمييز ١٧/٥/١٩٩٤ - غير منشور.

٣ - زمان، ومكان، ونفقات التسليم

- النصوص القانونية:

١٩٩ - إذا لم يحدد العقد وقتا لتسليم المبيع التزم البائع بتسليمه فور انعقاد العقد. وإذا اتفق على أن يتم التسليم في الوقت الذي يحدده المشتري، التزم البائع بإجرائه فيه. وذلك كله مع مراعاة المواعيد التي تستلزمها طبيعة المبيع، أو يقضي بها العرف. - م ٤٧٤ مدني. ومن ناحية أخرى فإن تسليم المبيع في مكان وجوده وقت العقد ما لم يتفق على غير ذلك. فإذا كان المبيع منقولاً، ولم يعين مكان وجوده وجب تسليمه في موطن البائع - م ٤٧٥ مدني. أما إذا التزم البائع بإرسال المبيع إلى مكان معين، فلا يتم التسليم إلا بوصوله فيه، ما لم يتفق على غير ذلك - م ٤٧٦ مدني.

- وفي خصوص نفقات التسليم فإنها على البائع، ما لم يقض الاتفاق أو العرف، بغير ذلك. م ٤٧٧ مدني.

ونعرض لهذه المسائل - تباعا - فيمايلي:

أ - زمان تسليم المبيع:

٢٠٠ - زمان التسليم - كقاعدة عامة، هو الوقت الذي يحدده العقد. فإذا لم يحدد العقد، وقتا لتسليم المبيع، التزم البائع بالتسليم فوراً بمجرد انعقاد البيع.

وجدير بالملاحظة، أن المشرع الكويتي لم يربط بين التسليم، ونقل الملكية فيلتزم البائع بالتسليم في الوقت الذي يحدده عقد البيع، والا فإنه يلتزم بالتسليم فور العقد. حتى، ولو كانت الملكية لم تنتقل إلى المشتري بالتسجيل في بيوع العقارات. فعقد البيع العقاري، يرتب أثره، فور انعقاده، ويخول للمشتري المطالبة بتسليم المبيع، في الوقت المتفق عليه، فإن لم يوجد اتفاق على زمان التسليم، التزم به البائع فور ابرام البيع، ولا يحول دونه عدم حصول التسجيل.

- وإعمالا للقواعد العامة يجوز للقاضي، إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر البائع إلى أجل معقول، أو آجال، ينفذ فيها التزامه بالتسليم، إذا استدعت حالته ذلك، ولم يلحق المشتري من تأجيل التسليم ضرر جسيم -

م ٤١٠ مدني. ولا ينطبق هذا الحكم الا في البيوع التي، تبرم بين أفراد عاديين. فإن كان البيع تجاريا، لا يجوز للقاضي، إعطاء البائع مهلة في تنفيذ التزامه بالتسليم[٣٤٦] فإذا كان للمشتري أن يحدد ميعادا للتسليم، التزم البائع بالتسليم في الموعد الذي يحدده المشتري، مع مراعاة ما يقضي به العرف، وما تستلزمه طبيعة المبيع - م ٢/١٣٠ تجاري. وليس معنى النص أن البائع، يستفيد من أي أجل للتسليم. فالتزامه بالتسليم يقوم فور البيع. ولكن يجوز للمشتري أن يحدد لحظة تسليم المبيع، وعندها يكون التزام البائع «تحت الطلب» ففرق بين التسليم، والتسلم. والأول يلتزم به البائع فور العقد، والثاني يحدد المشتري زمانه ولا يملك البائع إلا تنفيذ التزامه في هذا الزمن،

ب - مكان تسليم المبيع:

٢٠١ - القاعدة، أنه إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات، التزم البائع بتسليمه في المكان الموجود فيه وقت تمام العقد، وبعبارة أدق، وقت نشوء الالتزام إلا إذا اتفق الطرفان، أو وجد عرف، أو نص بغير ذلك. ففي هذه الحالة لا يتم تسليم المبيع إلا إذا جرى إيصاله للمشتري، مثلا.

وإذا حدد في العقد مكان للمبيع غير المكان الموجود فيه فعلا وقت البيع يكون التسليم في المكان المحدد عقدا للمبيع وهو حكم منطقي، فإختلاف مكان المبيع عن المكان الموجود فيه فعلا وقت العقد، يتضمن قبول البائع نقل المبيع إلى هذا المكان ليتم فيه التسليم، ويعني كذلك قبول المشتري التسلم في هذا المكان[٣٤٧].

- أما إذا كان المبيع لم يعين إلا بنوعه فقط، فيكون تسليمه في المكان الذي

(٣٤٦) المادة ١٠٩ تجاري - وكذا نص م ٣/٢٤ من اتفاقية فينا، بشأن البيع الدولي للبضائع - التي تحظر منح البائع مهلة للوفاء بالتزامه بالتسليم.
(٣٤٧) الأهواني / ص ٣٩٥ - البدراوي / ص ٤١٤.

يوجد فيه موطن البائع، وقت الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال البائع، إذا كان الإلتزام متعلقا بهذه الأعمال. م ٤١٢/١ مدني - أما إذا كان المبيع، واجب الإرسال إلى مكان معين، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق، أو نص يقضي بغير ذلك. وهو ما يفهم من نص م ٤٧٦ مدني. إذا التزم البائع بإرسال المبيع إلى مكان معين، فلا يتم التسليم إلا بوصوله فيه «مكان وصول البضاعة».

أما إذا اتفق المتبايعان على أن التسليم سيكون عند الشحن، أو عند التفريغ فيما يسمى «البيع» "CIF" أو بميناء البائع أو المشتري. وهو ما يسمى بالبيع FOB فإن التسليم لا يتم إلا بوصول المبيع إلى المكان المتفق عليه، وذلك بشرط أن يكون تحت تصرف المشتري، حتى ولو لم يستول عليه فعلا.

جـ - نفقات التسليم

٢٠٢ - جعل المشرع الكويتي نفقات التسليم كأصل عام على البائع ما لم يوجد اتفاق أو عرف بغير ذلك. ويقصد بنفقات التسليم كافة المصروفات اللازمة لنقل المبيع إلى المكان الذي يجب التسليم فيه. بما في ذلك مصاريف النقل، والشحن، وأقساط التأمين على المبيع، وكافة المصروفات اللازمة لإزالة العوائق التي تحول دون انتفاع المشتري بالمبيع، وكذا سداد الرسوم الجمركية، إذا كان التسليم في موطن المشتري، كما يلتزم البائع بالرسوم المستحقة عند تصدير المبيع.

أما إذا كان التسليم في موطن البائع، فإن الرسوم الجمركية، ونفقات النقل، والشحن، والتفريغ تكون على المشتري ليس باعتبارها، نفقات تسليم، وإنما على أنها نفقات تسلم.

ثالثاً - جزاء الإخلال بالتسليم:

٢٠٣ - قد يخل البائع بالتزامه بالتسليم. ويتمثل الإخلال في صور عدة: كأن يمتنع البائع أصلاً عن تسليم المبيع للمشتري. أو يتأخر في التسليم عن الميعاد المتفق عليه، أو يسلم المبيع، وملحقاته، غير مطابق للمواصفات الواردة بالعقد.

أو يسلم المبيع دون الملحقات. فما هو الجزاء المترتب على الإخلال بالالتزام بتسليم المبيع؟

الواقع أن المشتري، إعمالاً للقواعد العامة، يكون بالخيار بين طلب التنفيذ العيني، أو فسخ العقد.

فيستطيع بداية مطالبة البائع بعد إعذاره بتنفيذ التزامه عيناً، إذا كان التنفيذ العيني ممكناً، وليس فيه إرهاق شديد بالبائع لا يتناسب البتة مع الضرر من جراء عدم التنفيذ. ويتفرع عن ذلك، أن العين إذا كانت مملوكة للبائع وقت البيع، ثم تعلقت بها ملكية شخص آخر، تعلقاً قانونياً، استحال الوفاء بهذا الالتزام عيناً للمشتري الأول(٣٤٨).

- ولا يكون للمشتري، بقدر مفرز من العقار الشائع، أن يطالب بالتسليم مفرزاً لأن البائع له «الشريك على الشيوع» لم يكن يملك وضع يده على حصة مفرزة قبل حصول القسمة إلا برضاء باقي الشركاء جميعاً(٣٤٩).

وإذا كان المبيع معيناً بالنوع، يجوز للمشتري، أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة البائع، بعد استئذان القضاء، أو دون حاجة لاستئذانه في حالة الاستعجال، إنما بعد إعذار البائع.

والإعذار La mise - en - demeure - في الفرض المطروح - يعني وضع البائع المدين بالالتزام، وضع المقصر في الوفاء به. وبذا، يعد متأخراً قانوناً من تاريخ الإعذار عن تنفيذ التزامه بتسليم المبيع.

وإذا قام البائع بتنفيذ التزامه بالتسليم متأخراً عن الميعاد المتفق عليه جاز للمشتري مطالبته بالتعويض عن التأخر في التسليم. بشرط أن يكون زمان التسليم محدداً بدقة في العقد - وأن يكون عنصراً أساسياً فيه. - وفي هذا الفرض - فإن التأخر في تنفيذ الالتزام بالتنفيذ، يعني في الحقيقة أن البائع لم يقم بتنفيذ التزامه

---

(٣٤٨) نقض ١٧/١٢/١٩٧٠ - أحكام النقض س٢١ - ص١٢٥٥.

(٣٤٩) نقض ٣/١٢/١٩٧٤ - أحكام النقض س٢٥ - ص١٣٢٤.

أصلاً. وبذا يعفى المشتري من الإعذار، لطلب التعويض. ويضرب الفقه مثالاً على ذلك بعدم تسليم البائع روب الزفاف في اليوم المحدد للزواج[٣٥٠] فعدم التسليم في هذا الميعاد، يجعل التنفيذ العيني غير مجد، وغير ممكن في العقد. وإذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً، بفعل البائع التزم بتعويض المشتري عن عدم التنفيذ دون حاجة لإعذار[٣٥١].

كذا، يجوز للمشتري، طلب فسخ البيع. وفرق في قضاء محكمة التمييز بين دعوى الفسخ عن إخلال البائع بالتزامه بالتسليم، ودعوى الفسخ بسبب العجز، والزيادة في المبيع. ففي الأولى، لا تسمع الدعوى عنها بمضي خمس عشرة سنة. بينما تسقط الثانية بمضي سنة من وقت التسليم - كما أشرنا آنفا[٣٥٢]. وعلى ذلك، أيدت محكمة التمييز - مثلاً: الحكم المطعون فيه في قضائه برفض الدفع بسقوط دعوى الفسخ المؤسسة على إخلال الطاعن بالتزامه بنقل ملكية المبيع إلى المطعون ضدهم بمضي سنة من وقت تسليم المبيع[٣٥٣].

٢٠٤ - وعلى أية حال، فإن المشتري، وإن كان بالخيار بين التنفيذ العيني للالتزام بالتسليم أو طلب الفسخ. فيجوز له، طبقاً للرأي السائد[٣٥٤] العدول عن طلب التنفيذ العيني، إلى الفسخ، ما دام لم يصدر حكم نهائي.

وقضي - تبعاً لذلك - بأنه إذا كانت المحكمة قد قررت أن للمشتري عند تأخر البائع في التسليم، الخيار بين طلب التنفيذ العيني، أو طلب الفسخ مع التضمينات في الحالتين. كما لو رفع دعواه، بطلب التنفيذ، فله أن يعدل عنه إلى طلب الفسخ. وليس في رفع الدعوى بأي من هذين الطلبين، نزول عن الطلب الآخر. فإن هذا الذي قررته المحكمة صحيح في القانون[٣٥٥].

---

(٣٥٠) فيما ذكره، الأهواني، عن جستان - ص٤١٧/ بند ٤٨٤.
(٣٥١) الأهواني/ ٤١٣/ بند ٤٧٨ - فتحي عبدالرحيم/ ص١٥٤/ بند ١٠٠.
(٣٥٢) بند ١٩٣.
(٣٥٣) تمييز ١/٦/١٩٨٧ - القضاء والقانون ص٢٣١/ رقم ٦٣.
(٣٥٤) في ذلك مثلاً، الأهواني/ مرجع سابق/ موضع سابق - الشرقاوي/ ٢٥٣.
(٣٥٥) نقض ٢٥/١٢/١٨٩٥٢ - المحاماة - ع٨ - س٣ - ص٢٧٠/ رقم ٦٣٧.

- وبعكس ذلك، لا يجوز للمشتري، بعد طلب الفسخ العدول عنه، والمطالبة بالتنفيذ العيني، فذلك من شأنه الإضرار بالبائع الذي يتصرف على أن العقد سينقضي بفسخه، فإذا بالمشتري يعدل عن طلب الفسخ إلى التنفيذ العيني. الأمر الذي يضطره إلى الحصول على المبيع، بعد أن يكون قد تصرف فيه. وفي ذلك إضرار بالبائع[٣٥٦].

رابعاً - تبعة هلاك المبيع قبل التسليم:

- النصوص القانونية - ملاحظات:

٢٠٥ - نصت م٤٧٨ مدني - على أنه إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب أجنبي لا يد لأحد المتعاقدين فيه، انفسخ البيع، واسترد المشتري ما أداه من الثمن وذلك، ما لم يكن الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع.

وطبقاً لنص م٤٧٩، إذا هلك المبيع في جزء منه، أو لحقه تلف قبل التسليم لسبب أجنبي لا يد لأحد العاقدين فيه، كان للمشتري الحق في إنقاص الثمن بقدر ما نقص من قيمة المبيع، فإذا كان الهلاك، أو التلف جسيماً بحيث لو كان موجوداً عند البيع لما أبرمه، كان له فسخ البيع، وذلك إذا كان الهلاك، أو التلف حاصلاً قبل إعذار المشتري لتسلم المبيع.

٢٠٦ - ويلاحظ على النصين المذكورين، ما يلي:

- أن النص الأول يعرض لهلاك المبيع، هلاكاً كلياً، حين يعرض النص الثاني لأحكام الهلاك الجزئي للمبيع - وأن المشرع الكويتي قد ربط تحمل تبعة الهلاك بالتسليم، وليس بانتقال الملكية.

- وأن أحكام تبعة الهلاك، تفترض أن المبيع معين بالذات، لا بالنوع فقط. وتفسير ذلك أن المنقولات المعينة بالنوع، يستطيع البائع أن يحصل على شيء من نفس النوع من السوق، ويسلمه إلى المشتري، محل المبيع الذي هلك، أو كما يقولون، بأن المثليات لا تهلك[٣٥٧].

---

(٣٥٦) فتحي عبدالرحيم، فيما أشار إليه عن حجازي/ ص١٥٥ - الحاشية رقم (٢).

(٣٥٧) وهو ما يعبر عنه باللاتينية genera non Pereunt وانظر الشرقاوي/ ص٢٥٤/ بند ٦٥.

- كما أن أحكام تبعة الهلاك تفترض هلاك المبيع، بعد انعقاد البيع، وقبل تسليم المبيع، ذلك أن هلاك المبيع قبل انعقاد العقد، يرتب البطلان المطلق لانعدام المحل ولن وقع بعد التسليم يكون على المشتري.

- ويفترض أخيراً، لتطبيق أحكام تبعة الهلاك أن يكون هلاك المبيع قد وقع لسبب أجنبي لا يد لأحد «أي للبائع، ولا للمشتري» فيه[٣٥٨].

فإذا كان الهلاك، أو التلف بفعل يرجع إلى المشتري، فإنه يظل ملتزماً بالثمن كاملاً - وإذا كان الهلاك بفعل البائع، فإنه يكون قد أخل بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع، ومن ثم تنطبق عليه أحكام الإخلال بتنفيذ الالتزام بالتسليم، وأخصها، حق المشتري، طلب فسخ البيع، أو إنقاص الثمن بقدر نقص قيمة المبيع، ودون إخلال بحقه في التعويض، إن كان له مقتضٍ[٣٥٩].

ومجمل القول، أن نطاق، تبعة الهلاك ينحصر في المبيع المعين بالذات إذا هلك هلاكاً كلياً، أو جزئياً، بعد انعقاد البيع، لسبب أجنبي لا يد للمتبايعين فيه وسنعرض بداية لأحكام الهلاك الكلي - ثم الهلاك الجزئي للمبيع - على النحو التالي:

١ - تبعة الهلاك الكلي[٣٦٠]:

٢٠٧ - إعمالاً لحكم المادة ٤٧٨ مدني - سالفة الذكر، إذا هلك المبيع هلاكاً كلياً، بعد انعقاد البيع، وقبل التسليم، وكان الهلاك لسبب أجنبي لا يد لأحد المتعاقدين فيه، انفسخ البيع، واسترد المشتري الثمن الذي دفعه.

---

(٣٥٨) وانظر م٤٨٠/١ مدني.

(٣٥٩) م ٤٨٠/٢ مدني.

(٣٦٠) المقصود، زوال المبيع عن الوجود بمقوماته الطبيعية لسبب آفة سماوية، أو حادث مادي بفعل إنسان. وعلى ذلك لا يعتبر هلاكاً بيع الشيء بأم القضاء المستعجل خشية التلف - نقض ١٩٥٧/٢/٢١ - أحكام النقض - س٨ - ص١٥٨/ رقم ٢٠ - ولا يعتبر استيلاء جهة الإصلاح الزراعي على الأطيان المبيعة بعد البيع هلاكاً لها - نقض ١٩٧٧/٤/٥ - أحكام النقض س٢٨ - ص٩٠٩ - رقم ١٥٦ - ورمضان كامل - مرجع سابق - ص٥٩ - الحاشية (٢)؛

وبذا، فإن المشرع قد جعل تحمل تبعة الهلاك على البائع، قبل التسليم أما إذا وقع الهلاك، بعد التسليم، فإنه يقع على عاتق المشتري، ومعنى ذلك أن المشرع، يربط بين تبعة الهلاك، والتسليم، بما يجعل من الالتزام بالتسليم التزاماً أساسياً. وهو حكم منطقي، لأن الالتزام بالتسليم، وإن كان تابعاً لنقل الملكية، إلا أن الملكية لا تخلص للمتصرف إليه إلا بالتسليم. ولذا يظل المدين بالتسليم، وهو البائع متحملاً تبعة الهلاك، ولو كانت الملكية قد انتقلت إلى الطرف الآخر، بحكم القانون[٣٦١].

- فإذا هلك المبيع قبل تسليمه للمشتري انفسخ البيع بقوة القانون وتحمل البائع، تبعة الهلاك الكلي، إذا حدث بسبب قوة قاهرة، أما إذا حدث الهلاك بفعل المشتري نفسه، يظل ملتزماً بدفع كامل الثمن، ولا يحق له المطالبة باسترداد ما دفعه من الثمن فعلا[٣٦٢]. كذا، لو حدث الهلاك بفعل البائع، فإنه من باب أولى يتحمل تبعة الهلاك - ويكون للمشتري فضلاً عن فسخ البيع، طلب التعويض، إن كان له مقتضٍ[٣٦٣].

٢٠٨ - ومجمل ما تقدم، إذن أن البائع، يتحمل خسارة قيمة المبيع، في حالة الهلاك الكلي قبل التسليم، ولو حدث لقوة قاهرة، ولا يحق له المطالبة بالثمن، وإن كان قد قبضه فعلاً من المشتري، فإنه يلتزم برده، وبعبارة موجزة، يخسر البائع الثمن، والمبيع معاً.

وخروجاً على الأحكام السابقة، وحتى لا يسفر تطبيق نص م٤٧٨ مدني عن الإضرار بالبائع، إذا كان مستعداً لتسليم المبيع، بينما يتقاعس المشتري عن تسلمه، فقد نصت المادة المذكورة، على أن تبعة الهلاك، تنتقل إلى المشتري، من الوقت الذي يعذره فيه البائع بتسلم المبيع. فإذا قام البائع، بإعذار المشتري، بتسلم المبيع،

(٣٦١) السنهوري / جـ٤ / بند ٣١٦.

(٣٦٢) كذا ينطبق نفس الحكم إذا هلك المبيع في يد البائع، وهو حابس له لعدم قيام المشتري بدفع الثمن - باعتبار أن ذلك خطأ من المشتري - وانظر م٤٦٠ مدني مصري.

(٣٦٣) في هذا المعنى، تناغو / ص٢٢٦.

وتقاعس الأخير عن تسلمه، تحمل هو تبعة الهلاك من وقت وصول الإعذار إليه. ويغني عن الإعذار وجود شرط في عقد البيع على أن التسليم يتم في وقت محدد، دون حاجة إلى إعذار المشتري. حيث يعتبر الأخير معذراً لمجرد حلول الأجل ويتحمل من تاريخه تبعة هلاك المبيع.

٢ - أحكام تبعة الهلاك الجزئي:

٢٠٩ - انتهينا، إلى أن المشرع الكويتي، جعل هلاك المبيع كلياً على البائع، قبل التسليم واستثنينا من ذلك، إعذار البائع للمشتري بتسلم المبيع، أو وجود شرط في البيع على تسليم المبيع في وقت محدد، ويضاف إلى ذلك - حبس البائع للمبيع لعدم قيام المشتري بدفع الثمن حيث تقع تبعة الهلاك الكلي على عاتق المشتري.

- وفي حالة الهلاك الجزئي للمبيع، قبل التسليم، تكون تبعة الهلاك كذلك على البائع. ويقصد بالهلاك الجزئي، هلاك جزء من المبيع مادياً، بما يؤدي إلى نقصان قدر المبيع، لا نقصان قيمته. وهو حكم منطقي فالبائع، يلتزم بتسليم المبيع كاملاً من دون نقص، وبذا يكون مسؤولاً عن هلاك أي جزء منه، ولو كان راجعاً لسبب أجنبي.

وبعكس ذلك، فإذا هلك المبيع - في جزء منه - بعد تسليمه للمشتري، فإن تبعة الهلاك تكون على هذا الأخير.

- وفي أحكام الهلاك الجزئي للمبيع، فرق المشرع بين فرضين:

الأول: أن يكون الهلاك يسيراً Legère. وعندها يحق للمشتري المطالبة بإنقاص الثمن، بقدر ما نقص من قيمة المبيع. فالبيع لا ينفسخ بقوة القانون، ولا يجوز للمشتري طلب فسخ العقد، وكل ما له فقط، المطالبة بإنقاص الثمن، بقدر ما نقص من قيمة المبيع - كما قدمنا.

الفرض الثاني: أن يكون الهلاك الجزئي جسيماً Lourde، وفي هذه الحالة يكون للمشتري طلب فسخ العقد. وإنما يقع على عاتق المشتري عبء إثبات جسامة الهلاك. ويخضع تقدير ذلك لسلطة محكمة الموضوع بدون رقابة من محكمة التمييز.

الفرع الثاني
الالتزامات الملحقة بالتسليم (الالتزام بالإعلام)

نص قانون: تعليق

٢١٠ - نصت المادة ٤٦٨ من القانون المدني[٣٦٤] على أن يلتزم البائع بتزويد المشتري بكافة البيانات الضرورية عن المبيع. وبذا فقد أصبح الالتزام بالإعلام أو الإفضاء التزاماً - تابعاً للالتزام بالتسليم - يقع على عاتق البائع بنص خاص في القانون الكويتي لا مثيل له بالقانونين المصري، والفرنسي.

- وإن كرسه القضاء الفرنسي، أخذاً من القواعد العامة للمادتين ١١٣٥ - و١٦٠٢ من القانون المدني. وهو ما يمكن القول به كذلك في القانون المصري استناداً إلى نص المادة ١٤٨/ ٢ مدني.

وقد تطور الالتزام بتقديم المعلومات، وارتبط بداية، بعيوب الإرادة، وخاصة بالتدليس، ثم ارتبط في مرحلة لاحقة بالعيوب الخفية[٣٦٥] ثم بالالتزام الواقع على عاتق البائع بضمان سلامة المبيع من أية أضرار تمس المشتري. ثم أصبح التزاما مستقلا، يشمل البيع، وغيره من العقود. وإن اكتسب أهمية خاصة في عقد البيع. بحيث أصبح ضماناً لحماية المشتري، ليس بوصفه متعاقداً وإنما باعتباره مستعملاً d'utilisateur للسلع أو المنتجات[٣٦٦] خصوصاً وأن البائع «كمهني» يعلم، أو من المفروض أن يعلم بجميع المخاطر التي يمكن أن تتولد عن الشيء المبيع. وكذا بتأثير هذه المخاطر على المشتري، لو علم بها قبل إبرام عقد البيع.

- فإن لم يقم البائع بإعلام المشتري، بطريقة استعمال المبيع، وكذا بالمخاطر

---

(٣٦٤) وكانت م٥٧٣ من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، تقضي بأن يلتزم البائع بأن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع... وقد حذف هذا النص، اكتفاء بالقواعد العامة - مجموعة الأعمال التحضيرية - جـ٤ - ص٥٥.

(٣٦٥) في ذلك - المؤلف - رسالة - من جامعة مونبلييه ١٩٩٠/ ص٢٠٤ - وكذا رسالة - نجوان تانا - مشاركة في دراسة الأساليب القانونية لحماية المستهلك - ١٩٦٩/ بند ٧٩٠.

(٣٦٦) فيني - تعليق على حكم النقض المدنية ٢٢ نوفمبر ١٩٧٨ - ج س ب - ١٩٧٩ - ١٣١٦٣ - ومؤلفها في المسؤولية المدنية - جـ١ - الشروط - ١٩٨٢ - بند ٥١١.

التي يمكن أن تترتب على استعماله. اعتبر مخالفاً لالتزام تعاقدي. وكذا لالتزام بأخلاقيات المهنة La Conscience Professionnelle[٣٦٧].

فإذا أضيف لذلك، تطور أساليب التوزيع، وتعقد المنتجات، والإعلانات التجارية التي تتجه إلى إيقاع المتلقي في الخلط، واللبس. فضلاً عن مقارنة علم البائع كمهني بالمبيع، وخصائصه، وعدم علم المشتري، لأدركنا أهمية الالتزام بالإعلام أو الإفضاء[٣٦٨].

وسوف نعرض فيما يلي مضمون الالتزام بالإعلام، وخصائصه:

١ - مضمون الالتزام بالإعلام:

٢١١ - يختلف معنى ومغزى الالتزام بالإعلام، بالنظر لطبيعة المبيع. فهو إعلام de renseignement إذا كان المبيع غير خطر، بطبيعته أو من المنتجات العادية، أو بسيطة التركيب - ويصل إلى أقصى درجاته ليصبح التزاماً بالتحذير mise-en-dèmeure إذا كان المبيع خطيراً، أو حديثاً أو معقداً. ويقطع بذلك أن القضاء الفرنسي، قد اتخذ من طبيعة المبيع، مبرراً لتشديد التزام البائع بالإعلام أو الإفضاء للمشتري[٣٦٩] ويعتبر منتجاً خطيراً من أحكام المحاكم قطع غيار السيارات[٣٧٠] وكذا منتجات البلاستيك القابلة للاشتعال[٣٧١] ولعب الأطفال[٣٧٢]. والمنتجات الصيدلية[٣٧٣] والمنتجات التي يمكن أن يترتب على

---

(٣٦٧) المؤلف - رسالة - ص٢٠٦.

(٣٦٨) مالينفو - تعليق على حكم النقض ١٦/١٠/١٩٧٣ - ج س ب - ١٩٧٤ - رقم ١٧٨٤.

(٣٦٩) مثلاً - نقض ١١ أكتوبر ١٩٨٣ - بلتان مدني - ص٢٠٤ - ونقض ٢٣ أبريل ١٩٨٥ - دالوز ١٩٨٥ - ص٥٥٨ - وتعليف فيني.

(٣٧٠) مثلاً - نقض جنائي ١٢ ديسمبر ١٩٥٣ - دالوز ١٩٥٤ - ص١٦٦.

(٣٧١) نقض جنائي ١٤ مارس ١٩٧٤ - جازيت دي باليه ١٩٧٤ - ص١٤٧ - في الحادث الخطير الذي وقع بصالة الرقص Cinq-sept).

(٣٧٢) عدة أحكام، منها: نقض ٢٧ مايو ١٩٧٢ - دالوز ١٩٧٢ - ص٧١٩ - ونقض ٢٣ أبريل ١٩٨٥ - سابق الإشارة - ونقض ٣ يوليه ١٩٨٥ - جازيت دي باليه ١٩٨٥ - بانوراما - ص٣١٢.

(٣٧٣) وفي تعريف الأشياء الخطرة - أعمال جمعية أصدقاء هنري كابينان - ١٩٧٤ - خصوصاً - ص١٩٣ - وص٢٢٨ - وهو تعريف نسبي في رسالة المؤلف - ص٢٠٨.

الجهل باستخدامها التسمم، وكذا المنتجات المعقدة(٣٧٤). وفي هذه المنتجات، وغيرها، يقع على عاتق البائع الالتزام بتزويد المشتري بطريقة الاستخدام، وكذا بالمخاطر التي يمكن أن تنشأ عنها، وإعلامه كذلك، بالاحتياطات التي يمكن اتخاذها، لمواجهة هذه المخاطر، وهو التزام يرقى - كما قدمنا - إلى حد اعتباره التزاماً بالتحذير(٣٧٥).

٢١٢ - ويتدرج الالتزام الواقع على عاتق المنتج أو الموزع أو البائع بالإعلام أو بتقديم معلومات، ليصبح التزاماً بتقديم المساعدات الفنية أو التقنية Assistance technique - بالنسبة لبيوع المنتجات، أو الآلات المعقدة، أو الحديثة من ذلك مثلاً: بيوع الحاسوب خلال الفترة الكافية لاستعماله بواسطة المشتري(٣٧٦).

- وإن بدا لنا - مع ذلك - أن القضاء الفرنسي، يتشدد فيما يتعلق بالتزام البائع بالإعلام حتى في بيوع المنتجات، أو الآلات المألوفة عادة في الاستعمال، أي التي تستخدم بالنسبة للأغلبية من الأفراد(٣٧٧).

- كذا، يختلف معنى، ومغزى الالتزام بالإعلام بالنظر إلى الدائن، والمدين به. ومما يقطع بذلك، أن القضاء - في فرنسا - يبدو أقل تشدداً إذا كان المدين بالالتزام هو البائع. ويبدو أكثر تشدداً في مواجهة المنتج نفسه، اعتباراً بأن دور البائع الاقتصادي، والفني وعلمه بالمنتج لا يرقى إلى دور، وعلم الصانع أو المنتج(٣٧٨)

---

(٣٧٤) محكمة روان - ١٤ فبراير ١٩٧٩ - ج س ب - ١٩٨٠ - جـ٢ - ١٩٣٦٠ - وباريس ٣٠ أبريل ١٩٥٧ - ج س ب - ١٩٥٧ - جـ ٢ - ١٠٠٨٨ - تعليق لندن - ودالوز ١٩٥٧ - ص٥٥٠ تعليق المستشار جوليتي.

(٣٧٥) من ذلك مثلاً - نقض ١٤ ديسمبر ١٩٨٢/ بلتان مدني/ ص٣٠٩/ رقم ٣٦١.

(٣٧٦) في حكم باريس ١٥ مايو ١٩٧٥ - ج س ب - ١٩٧٦ - جـ٢ - رقم ١٨٢٦٥ - ملاحظات بوانتار، ودوباري. ونقض «تجاري» ٣٠ مارس ١٩٨٢ - بلتان مدني جـ٤ - ص١١٨ - وكذا نقض تجاري - ٣ ديسمبر ١٩٨٥ - بلتان مدني - جـ٤ - ٢٤٢ - والمجلة الفصلية للقانون التجاري - ١٩٨٧ - ص٤٠٤ - ملاحظات هيمار، وبلوك.

(٣٧٧) من ذلك مثلاً محكمة السين ٢٢ مارس ١٩٦٢ - دالوز ١٩٦٤ - مختصرات/ ٣٤ ومحكمة اكس ١١ فبراير ١٩٧٥ - دالوز ١٩٧٦ - مختصرات - ص٤.

(٣٧٨) في هذا المعنى فيني - في المسؤولية المدنية - جـ١ - الشروط رقم ٥١١ - وتعليقها على حكم سابق في ج س ب - ١٩٧٩ - ١٩٣٩١ - ونقض ٤ ديسمبر ١٩٧٨ - ج س ب - ع - ص٥٨ - ودالوز - ١٩٧٩ - ص١٣٦.

خصوصاً، وأن الأول قد يقتصر على نقل المعلومات من الصانع أو المنتج إلى المشتري النهائي فإذا لم يلق عبء الالتزام بالإعلام كاملاً على عاتق المنتج أو الصانع وحده[٣٧٩] فإن المحاكم تتجه عادة إلى تجزئة المسؤولية عليهما أي على البائع، والصانع[٣٨٠] معاً.

– ومقابل ذلك يختلف الالتزام بالإعلام عند القضاء بالنظر لما إذا كان المشتري مهنياً يعلم، أو من المفروض أن يعلم بمكونات المبيع، وخصائصه ومخاطره. مقارنة بالمشتري العادي، الذي يجهل ماهية المبيع[٣٨١]. ويبدو القضاء متشدداً في إعلام الثاني، بخصائص المبيع، وطريقة استخدامه، والمخاطر التي يمكن أن تنشأ عن هذا الاستخدام وعلى عكس ذلك إذا كان المشتري من المهنيين، فالمفترض أنه يعلم، أو من السهل عليه أن يعلم بخصائص المبيع، ومكوناته، ومخاطر استعماله.

٢ – خصائص الالتزام بالإعلام:

٢١٣ – نصت المادة ٤٦٨ مدني، بالتزام البائع بتزويد المشتري بكافة البيانات الضرورية عن المبيع. وقد فهم هذا النص على أنه مجرد تأكيد لالتزام البائع بتقديم ما يكون المشتري في حاجة ماسة إليه لتيسير كيفية انتفاعه بالمبيع وعليه، يلتزم البائع بأن يبين للمشتري «حدود المبيع، وما يكون له من توابع أو ملحقات، وما عليه من حقوق، أو تكاليف عينية، إذا كان عقاراً، وكيفية الانتفاع بالمبيع، إذا كان من الأجهزة الدقيقة»[٣٨٢] ولا يعفى البائع – في اعتقادنا – من تنفيذ التزامه بتزويد المشتري بالبيانات الضرورية عن المبيع طبقاً للنص السابق إلا إذا كانت هذه البيانات كاملة، غير منقوصة، ولا تكون كذلك، إذا اقتصرت على إعلام المشتري بكيفية الانتفاع بالمبيع. وإنما يجب أن تشمل فوق ذلك، تحديد المخاطر التي يمكن أن

---

(٣٧٩) مثلاً نقض ٣١ يناير ١٩٧٣ – المجلة الفصلية للقانون التجاري – ١٩٧٤ – ص١٤٦ – ملاحظات – هيمار.

(٣٨٠) كما في نقض تجاري ١٦ فبراير ١٩٨٢ – دالوز ١٩٨٢ – ص٤٩٦ – تعليق فاسير.

(٣٨١) مثلا نقض ١٣ يناير ١٩٧٣ – ج س ب – ١٩٧٣ – جـ٤ – ص١٠٦.

(٣٨٢) المذكرة الإيضاحية/ ص٣٧٣..

تنشأ عن استعمال المبيع، وكيفية الوقاية منها. كذا يجب أن تكون البيانات المذكورة، واضحة، وتفصيلية، وأخيراً، يجب أن تكون البيانات مرتبطة بالمبيع، كأن تكون واردة على غلاف السلعة، أو العبوة، بحيث يسهل على المشتري التعرف عليها. فإن تخلف أي من الخصائص السابقة، عد البائع مسئولاً عن مخالفة النص الوارد بالمادة ٤٦٨ مدني. وهو ما توصل إليه القضاء الفرنسي، برغم عدم وجود نص خاص - أما القول بأن البيانات الضرورية، تقتصر على تحديد كيفية الانتفاع بالمبيع، فإنه يتعارض، وعموم العبارى الواردة بالمادة الم=ذكورة «كافة البيانات الضرورية. . . .» ونعرض فيما يلي لخصائص الالتزام بإعلام المشتري - على النحو الآتي:

أ - يجب أن تكون البيانات «المعلومات» كاملة:

٢١٤ - وعليه، يجب على البائع أن يزود المشتري بكافة المعلومات المتعلقة، بخصائص المبيع، وكيفية استعماله، والمخاطر التي يمكن أن تنشأ عن هذا الاستعمال وكيفية الوقاية منها، خصوصاً، إذا كان المبيع خطيراً «كالأدوية، والأدوات الكهربائية، وقطع غيار السيارات. . . .وغيرها»، أو كان المبيع حديثاً «غير مألوف الاستخدام، أو معقداً، كالأجهزة الدقيقة» فهذه البيانات جميعاً تعتبر ضرورية للمشتري ليس فقط لتسهيل انتفاعه بالمبيع وإنما كذلك لوقايته من مخاطر استعماله.

وتفريعاً على ذلك، حكم مثلاً بالتزام الصانع، أن يتجه في إعلامه للمشتري النهائي، أبعد من مجرد تزويده ببيانات عن كيفية استعمال المبيع، إلى تحذيره من المخاطر المرتبطة بهذا الاستعمال[٣٨٢م] فإذا كان المبيع دواء، يجب أن يُعلم المشتري فضلاً عن طرق الاستعمال، بالأعراض الجانبية الخطيرة لهذا المنتج[٣٨٢م أولا]. كذا، يجب أن ينصب إعلام المشتري على كيفية الوقاية من الأخطار المتولدة عن

(٣٨٢م) نقض مدني ٦ ديسمبر ١٩٨٢/ بلتان مدني/ ١ - رقم ٣٦١ - ص٣٠٩ - ونقض «تجاري» ٦ ديسمبر ١٩٧٦ المجلة الفصلية للقانون التجاري/ ١٩٧٧/ ص١٦٨/ رقم ١٠.

(٣٨٢م أولا) نقض مدني - ٢٣ أبريل ١٩٨٥/ بلتان مدني/ ١ - رقم ١١٥ - المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٨٦/ ص٣٣٢/ رقم ١٠ - والمادة ٥١٢٤/ ٤ - من تقنين الصحة العامة الفرنسي.

استعمال المبيع[382م ثانيا] كذا، لا يكفي - تنفيذاً للالتزام بالإعلام - أن يزود البائع، المشتري ببيانات عن بعض مخاطر المبيع، ويترك بعضها الآخر[382م ثالثا] - ولا يكفي أن يزوده بمخاطر الاستعمال، دون تحديد المخاطر التي يمكن أن تنشأ عن سوء الاستعمال[382م رابعا].

ب - يجب أن تكون المعلومات واضحة، ومفصلة:

٢١٤مكرراً - لا يكفي، إعمالاً للحكم الوارد بالمادة ٤٦٨ مدني، تزويد البائع، للمشتري ببيانات كاملة عن المبيع، بل يجب فضلاً عن ذلك أن تكون البيانات واضحة، وشارحة لخصائص المبيع، وكيفية الانتفاع به، والمخاطر التي يمكن أن تنشأ عن استعماله، وخصوصاً إذا كان المشتري من غير المهنيين، الذي لا يتيسر له - عادة - العلم بمكونات المبيع، أو المخاطر التي يمكن أن تنشأ عنه. وتبعاً لذلك - رفضت محكمة النقض الفرنسية، حكم الاستئناف، الذي ذهب إلى عدم مساءلة بائع قطع غيار السيارات - بالتعويض - عن مخالفة الالتزام بالإعلام - وورد بحيثيات الرفض - إن البائع المذكور لم يزود المشتري بمذكرة، تشرح بالتفصيل، كيفية استعمال المبيع، بل زوده بمعلومات غير حقيقية، تسبب عنها وقوع حادث للسيارة[382م خامسا].

كذا، حكم بأن عبارة «سهل الاشتعال» المكتوبة على السلعة، لا تكفي بذاتها لإعفاء البائع، أو المنتج من التزامه بالإعلام تفصيلياً عن مخاطر المبيع[382م سادسا]. وبأن صانع المنتجات الدوائية، يعتبر مسئولاً بالتعويض عن مخالفة الالتزام بإعلام المشتري، تفصلياً عن الأعراض الجانبية للدواء[382م سابعا].

(٣٨٢م ثانيا) نقض مدني/ ١٤ ديسمبر ١٩٨٢ - بلتاتن مدني/ ١ - رقم ٢٢٨ - المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٨٤ - ص٧٣١ - ملاحظات أوى (ج).

(٢٨٣م ثالثا) استئناف ليون ١٣ يوليه ١٩٧٣ - جازيت دي باليه ١٩٧٣ - ص٨٣٠.

(٣٨٢م رابعا) نقض مدني ١٧ أكتوبر ١٩٨٤ - ج س ب - ١٩٨٤ - ٤ - ٣٥٥.

(٢٨٣م خامسا) باريس ١٥ مايو ١٩٧٥/ ج س ب ١٩٧٦/ ٢/ ١٨٢٦٥.

(٣٨٢م سادسا) نقض مدني ١١ أكتوبر ١٩٨٣/ بلتان مدني/ ١ - ص٢٠٤.

(٣٨٢م سابعا) باريس ٣٠ أبريل ١٩٥٧ - دالوز ١٩٥٧ - ٥٥٠ - تعليق Gollety.

وفي كل الحالات، لا يعفي البائع، أو الصانع من التزامه بالإعلام، ما لم تكن بيانات المبيع، مكتوبة باللغة العربية، حتى يسهل على المشتري النهائي التعرف عليها[٣٨٢م ثامنا].

جـ - يجب أن تكون المعلومات مرتبطة بالمبيع:

٢١٤مكرر أولا - والمقصود بذلك، أن تكون البيانات واردة على العبوة، أو غلاف السلعة، خصوصاً بالنسبة للمنتجات الغذائية. وبغير ذلك، لا يسهل على المشتري - عادة - التعرف عليها[٣٨٣]. ومما يؤكد ذلك - أن الالتزام بالإعلام - يعتبر فيما انتهينا إليه - التزاماً ملحقاً، أو تابعاً لالتزام البائع بالتسليم.

(٣٨٢م ثامنا) والقانون الصادر في فرنسا - ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ - الجريدة الرسمية ٤ يناير ١٩٧٦.

(٣٨٣) وتفصيلاً - بواني/ الغلاف - موسوعة - المنافسة والاستهلاك رقم ٨٧٤ والقرار الوزاري الصادر في فرنسا في ٢٠ أكتوبر ١٩٧٢ - والقرار الصادر في ٧ ديسمبر ١٩٨٤.

المطلب الثالث
الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق
L'obligation de garantie Contre L'eviction

- النصوص القانونية، ملاحظات:

٢١٥ - عرض المشرع الكويتي، بالمادتين ٤٨١، و٤٨٢ من القانون المدني لمضمون الالتزام بضمان التعرض - فنصت المادة ٤٨١ على التزام البائع بعدم التعرض للمشتري في المبيع كله، أو بعضه، ولو اتفق على غير ذلك - وهذا هو ضمان التعرض الشخصي - ونصت المادة ٤٨٢ مدني على التزام البائع بعدم التعرض الصادر عن الغير - بقولها - يضمن البائع التعرض للمشتري في المبيع كله، أو بعضه من أي شخص يدعي حقاً على المبيع، وقت البيع، يحتج به على المشتري.

كما يكون ملزماً بالضمان، ولو ادعى المتعرض حقاً نشأ بعد البيع، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع أو كان نتيجة لفعله.

٢١٦ - ويفهم من النصين السابقين ما يلي:

١ - أن البائع يضمن التعرض الصادر عن أفعاله الشخصية. كما يضمن كذلك تعرض الغير للمشتري. وسنرى - حالاً - أن الأفعال الموجبة لضمان التعرض الشخصي تشمل الأفعال المادية، وكذا التصرفات القانونية. في حين أن ضمان التعرض الصادر من الغير لا يشمل سوى التصرفات القانونية.

٢ - كما أن المشرع، لم يحدد المقصود بضمان التعرض، وترك المسألة لاجتهاد الفقه، والقضاء. ويمكن أن نقول بأنه ضمان البائع، كل عمل صادر منه سواء كان مادياً، أو تصرفاً قانونياً، وكذا ضمان التصرفات القانونية الصادرة من الغير في مواجهة المشتري، إذا كان من شأنها المساس بحق المشتري في الانتفاع بملكية المبيع، كله، أو بعضه.

ومن ناحية أخرى فإن التزام البائع بضمان، التعرض، يستمد أساسه من طبيعة عقد البيع نفسه. فقد قدمنا أنه عقد تمليك، وبه تنتقل الملكية للمشتري، بحيث

تخوله سلطات المالك، وهو ما لا يتحقق إذا تعرض البائع نفسه، أو الغير للمشتري في حيازة المبيع، والانتفاع به. فضلاً عن كونه، التزاماً يحتمه واجب حسن النية في تنفيذ العقود، وهو التزام عام ينطبق على كافة العقود بما فيها عقد البيع.

فالالتزام بضمان التعرض، يلقي على عاتق البائع بالتزام بالامتناع عن أي عمل يصدر منه شخصياً، يمس بملكية المشتري للمبيع. والتزام إيجابي، بأن يدفع عن المشتري، أي تعرض يصدر من الغير يحرمه التمتع بمزايا وسلطات المالك.

– ولّما كان المشرع، قد نظم أحكام ضمان التعرض على النحو السابق فإن السؤال، قد يثور بصدد مدى أهمية هذا الضمان؟ ومرد ذلك، أن البائع – كما قدمنا – يلتزم بنقل ملكية المبيع للمشتري، وبأن يقوم بكل ما هو ضروري من جانبه لانتقالها، وبأن يمتنع عن أي عمل من شأنه أن يجعل هذا الانتقال مستحيلاً أو عسيراً م٤٦٦ مدني – فإذا تبين أن البائع – وهو ضامن لنقل الملكية – غير مالك، جاز للمشتري طلب إبطال البيع، وإذا تبين أن المبيع مثقل بحقوق للغير، جاز للمشتري – طلب فسخ العقد، لإخلال البائع بالتزامه بنقل الملكية.

وبذا، فإن في طلب الإبطال، والفسخ، أخذاً من القواعد العامة ما يغني عن ضمان التعرض. ومردود على ذلك، بإن ضمان التعرض، أفضل من مجرد، إبطال العقد أو فسخه لإخلال البائع بالتزامه بضمان نقل الملكية للمشتري. والإبطال، حق للمشتري قبل وقوع أي تعرض، وبذا تبدو الحاجة إلى ضمان التعرض، إذا وقع أي تعرض للمشتري فعلاً، يحرمه كلياً أو جزئياً من الانتفاع بالمبيع – بعد البيع، سواء بني على سبب مادي، أو قانوني. كذا فإن دعوى المشتري بفسخ العقد لإخلال البائع بالتزامه بالضمان العام بنقل الملكية أو التعويض عن الأضرار التي تمس المشتري نتيجة لذلك، يترك تقديرها لمحكمة الموضوع. بينما التعويض عن إخلال البائع بالتزامه بضمان التعرض، لا يترك أمره – على ما سنرى – لسلطة القاضي التقديرية – ومن ناحية أخرى، فقد يبدو بأن الالتزام بضمان التعرض، مستقل عن الالتزام بضمان الاستحقاق. والحقيقة أن البائع يلتزم بالتزام واحد هو ضمان التعرض. وعلى ذلك، إذا قام بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، أي دفع التعرض عن المبيع كله، أو بعضه للغير، فإن البائع – في هذا الغرض، يلتزم بتعويض المشتري عن كل ما لحقه من ضرر نتيجة

هذا الاستحقاق. ولذا، فإن ضمان الاستحقاق - فيما يراه البعض، ضمان احتياطي، لا يتحقق إلا إذا أخل البائع بتنفيذ التزامه بدفع التعرض، تنفيذاً عينياً[٣٨٤]. وعندنا أنه جزاء على إخلال البائع بالتزامه بضمان التعرض. وأنه ليس ضماناً مستقلاً - ومن ناحية أخرى، فإن الالتزام بضمان التعرض، ينشأ بمجرد إبرام عقد البيع، فإن كان المبيع عقاراً، يلتزم البائع بنقل الملكية، حتى، وإن كان المشتري لم يقم بتسجيل العقد، أي حتى قبل نقل الملكية.

- وأخيراً، فإن الالتزام بضمان التعرض، يشمل الفعل الشخصي الصادر عن البائع وكذا ضمان التعرض الصادر عن الغير - على أن التزام لبائع بضمان التعرض الشخصي، أوسع نطاقاً من التزامه بضمان التعرض الصادر من الغير، فالأول يشمل جميع الأفعال المادية، والتصرفات القانونية، بينما يقتصر الثاني على مجرد ضمان التصرفات القانونية.

وبناء على ما تقدم نعرض بداية لضمان التعرض الشخصي في فرع أول ثم ضمان التعرض الصادر من الغير في فرع ثانٍ.

الفرع الأول - ضمان التعرض الشخصي Garantie du fait Personnèl

٢١٧ - المقصود، بضمان التعرض الشخصي، التزام البائع بعدم التعرض للمشتري في حيازته للمبيع، وانتفاعه به، وعدم منازعته في ملكيته، سواء كان تعرضه مادياً، أو قانونياً[٣٨٤م]. وقد قدمنا بأن التزام البائع بعدم التعرض للمشتري في حيازته للمبيع، والانتفاع به، يعتبر نتيجة طبيعية لالتزامه بنقل ملكية المبيع للمشتري. خالصة، ويتفق، ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود[٣٨٥] وقد اقتربت محكمة النقض المصرية من

---

(٣٨٤) وهما ضمانان متواليان، عند، الشرقاوي/ ص٢٦٣/ بند ٦٧ - وانظر تناغو/ ص٢٥٣ - وص٢٥٤ - وعند النقض المصرية، فإن الالتزام بضمان الاستحقاق التزام شرطي يتوقف وجوده على نجاح المتعرض في دعواه - نقض ١٩٦٦/٣/١٠ - أحكام النقض/ ص١٧/ ص٥٦٤ - والواقع أن ضمان الاستحقاق، ليس التزاماً قائماً بذاته، بل إنه جزاء عدم تنفيذ البائع التزامه بضمان التعرض.

(٣٨٤م) فتحي عبدالرحيم/ ص١٥٦/ بند ١٠١ - وقرب، الأهواني/ ص٥١٥/ بند ٦١٠. وماليري وآينس/ ص٢٢٥/ بند ٣٥٢.

(٣٨٥) المذكرة الإيضاحية، تعليقاً على نص م٤٨١ مدني.

ذلك حين أكدت، بأن من أحكام البيع، التزام البائع بعدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع، أو منازعته فيه، وهو التزام مؤبد، يتولد عن عقد البيع، وبمجرد انعقاده، ولو لم يشهر، فيمتنع على البائع أن يتعرض للمشتري، لأن من وجب عليه الضمان، امتنع عليه التعرض[٣٨٦] qui doit garanir, ne Peut evincer.

ويتفرع عن ذلك، انتقال الالتزام بعدم التعرض من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع. وبذا لا يكون لهؤلاء دفع دعوى صحة التعاقد التي رفعها المشتري، بوضع يدهم بعد تاريخ البيع على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية[٣٨٧].

- ولما كان التزام البائع بضمان فعله الشخصي، يعتبر التزاماً بالامتناع عن عمل، فإن البائع يكون مخلاً به، دون حاجة إلى إعذار.

٢١٨ - ونلفت النظر، بأن البائع يلتزم بالضمان، ولو تراخى المشتري في تسجيل عقد شرائه، إذا كان المبيع عقاراً لأن التزام البائع بضمان التعرض من الالتزامات الشخصية التي تنشأ عن عقد البيع بمجرد انعقاده[٣٨٨] ولا يسقط عن البائع التزامه بالضمان ولو ترتب على عدم تسجيل العقد، نزع ملكية العين المبيعة من تحت يد المشتري[٣٨٩].

إنما لا يعتبر تعرضاً موجباً للضمان، ما يبديه البائع في دعوى صحة التعاقد التي يرفعها عليه المشتري من دفوع، أو طلبات يهاجم بها إجراءات الخصومة، سواء لعوار فيها، أو لسقوطها، أو انقضائها بمضي المدة. فذلك لا يعتبر من قبيل التعرض لحقوق المشترى الناشئة من عقد البيع[٣٩٠].

وفيما يلي، نعرض لشروط ضمان التعرض الصادر عن البائع، وصوره، والجزاء المترتب على الإخلال به، والاتفاق على تعديل أحكامه.

---

(٣٨٦) نقض ٢٨/ ٥/ ١٩٩٨ - شعلة - ص٢٦٥.
(٣٨٧) نقض ٤/ ٣/ ١٩٥٤ - شعلة - ٢٥٥/رقم ٤ - ما لم يكن وضع اليد قد استوفى شروطه القانونية نقض ١٠/ ١/ ١٩٥٢ - شعلة - ٢٥٧ - نقض - ٢٥/ ٦/ ١٩٨١م - أحكام النقض - س٣٢ - ١٩٣٩م.
(٣٨٨) نقض ١٦/ ٤/ ١٩٧٠ - أحكام النقض س٢١ - ص٦٥٨.
(٣٨٩) نقض ١/ ٢/ ١٩٦٦ - أحكام النقض س١٧ - ص٢٠٥.
(٣٩٠) نقض ٣١/ ١/ ١٩٨٠ - أحكام النقض - س٣١ - ص٣٦٦.

أولاً - شروط الالتزام بضمان التعرض الشخصي «الصادر من البائع»

٢١٩ - يبين من نص المادة ٤٨١ مدني، بأن التزام البائع بعدم التعرض للمشتري في حيازته للمبيع، والانتفاع به لا يقوم إلا إذا وقع التعرض فعلاً، وكان من شأنه حرمان المشتري كلياً، أو جزئياً من الانتفاع بالمبيع، وأخيراً يجب أن يقع التعرض بعد البيع، وليس قبله. ونفصل ذلك على النحو الآتي:

- **الشرط الأول**: وقوع التعرض فعلاً.

فلا يقوم الالتزام، ما لم يقع التعرض فعلاً من البائع للمشتري. وبذا، لا يكفي لقيام الالتزام، بالضمان مجرد احتمال وقوع التعرض. فحق المشتري في الضمان لا ينشأ إلا من الوقت الذي يمكن فيه المطالبة به قانوناً. أما مجرد خشية، تهديد البائع له بالتعرض، لا يخوله الرجوع عليه بالضمان، ما دام لم يحصل تعرض فعلي.

- **والشرط الثاني**: أن يترتب على العمل المعتبر تعرضاً حرمان المشتري كلياً، أو جزئياً من الانتفاع بالمبيع.

ومع ذلك، فإن البائع لا يضمن الحق الذي ينقص من انتفاع المشتري بالمبيع، إذا كان سبب النقص ناشئاً عن قيد من القيود القانونية التي ترد على حق الملكية، ومن ذلك مثلاً، القيود الخاصة بالفتحات «المطلات، والمناور»[٣٩١] - والقيود الناشئة عن خط التنظيم. فمثل هذه القيود يجب على المشتري العلم بها، قبل إبرام العقد لأنها مقررة بنص القانون، ولا يعذر أحد بجهله حكم القانون[٣٩٢].

كذا، لا يلتزم البائع بضمان أي حق ينقص من الانتفاع بالمبيع متى أبان البائع عنه، أو أعلم به المشتري وقت ءبرام البيع. ويجب أن ينصب الإعلام عن

---

(٣٩١) فلا يجوز للمالك أن يكون له على ملك جاره فتحات إلا في الحدود التي يقررها القانون - م٨١٤ مدني وانظر قرار رئيس بلدية الكويت رقم ١٩٨٥/٣٠ - المعدل بالقرارين الوزاريين، ٢٧، ٢٨ - ١٩٩٠ - وشكري سرور - الملكية / ص٢٥٨ / بند ٣٨٠.

(٣٩٢) الأهواني/ ص٥٠٤/ بند ٥٩٨.

ذات الحق وفي كل الحالات، يجب إثبات الإعلام الفعلي بالحق. ويقع عبء الإثبات على البائع. إنما لا يتوافر الإعلام - في الرأي الراجح[٣٩٣]، من مجرد علم المشتري.

فقد استخدم المشرع الكويتي لفظة «أبان» التي تفيد، ضرورة أن يكون الإعلام صادراً من البائع. وسوف نعرض لهذه المسائل تفصيلاً فيما بعد.

- **والشرط الأخير**: أن يقع العمل، المعتبر تعرضاً، بعد البيع، وليس قبله. وعلى ذلك، إذا باع (أ) إلى (ب) عقاراً، ثم باعه مرة أخرى إلى (جـ) ولكن بعد أن قام (ب) بتسجيل العقد. فإن البيع الأول المسجل لـ (أ) لا يعتبر تعرضاً للمشتري الثاني (جـ) بالعقد غير المسجل، ولو لم يتمكن المشتري الثاني بحيازة المبيع، والانتفاع به.

وبذا، فإن البيع الثاني لـ (جـ)، وإن لم يعتبر تعرضاً للمشتري الأول (ب) إلا أنه يعتبر بيعاً لملك الغير، تنطبق عليه أحكامه.

وعلى أية حال، فإذا توافرت الشرائط الثلاثة السابقة، نشأ على البائع التزاماً بعدم التزام بضمان التعرض. ولا يهم - بعد ذلك - أن يكون التعرض مادياً، أو قانونياً.

ثانياً - صور التعرض الصادر من البائع:

- قد يتمثل التعرض الصادر من البائع في صورة تعرض مادي، أو قانوني - على النحو الآتي:

١ - التعرض المادي Troubles de fait

٢٢٠ - المقصود بالتعرض المادي، التزام البائع بالامتناع عن القيام بأي عمل يمس مباشرة، أو بطريق غير مباشر، بحيازة المشتري للمبيع والانتفاع به. ما لم يستند هذا العمل إلى حق للبائع يدعيه على المبيع.

وقد يتمثل تعرض البائع للمشتري في عمل مادي محض، ومن ذلك مثلاً الأعمال التي يقصد بها بائع المحل التجاري، جذب عملاء المحل المبيع، كأن

(٣٩٣) في هذا المعنى، الأهواني - مرجع سابق - ص٤٩٧/ بند ٥٨٧.

يرسل إعلانات أو نشرات لهم، أو يفتح محلاً منافساً، يحمل ذات الاسم التجاري نفسه للمحل المبيع، فإن هذا العمل، يعتبر إخلالاً بالتزام تعاقدي مترتب على عقد البيع هو ضمان التعرض الشخصي. وتأكيداً لذلك حكم بأنه متى كان بائع المحل التجاري بما فيه من بضائع، قد تعهد في العقد بألا يتجر في البضائع التي يتجر فيها المشتري في ذات الطريق الذي يقع فيه المحل المبيع. ولكنه - مع ذلك - قد خالف هذا الشرط، وأخل بواجب الضمان مما يعد تعرضاً للمشتري في بعض المبيع من شأنه أن ينقص من قيمته التي كانت محل اعتبار عند التعاقد[٣٩٤].

وبعكس ذلك، فإن استعمال البائع لحق من حقوقه، ولو كان على صلة بالمبيع، لا يعتبر تعرضاً للمشتري يوجب الالتزام بالضمان، وبذا يكون للبائع مثلاً، استعمال الأرض المجاورة، للأرض المبيعة.

كذا، يعتبر تعرضاً مادياً، يضمنه البائع، التصرف القانوني الصادر منه للغير. وتفسير ذلك، أن وجود تصرف قانوني من البائع للغير، وإن اعتبر بين أطرافه عملاً قانونياً، إلا أنه بالنسبة للمشتري، واقعة مادية، ويلزم لقيام الضمان في هذا الفرض، أن يقوم الغير، استناداً إلى هذا التصرف بأي عمل من شأنه حرمان المشتري من حيازة المبيع، والانتفاع به، وبذا لا يكفي التصرف القانوني بذاته لقيام التعرض، بل يلزم أن يقترن به عمل يصدر من الغير، يمس بحق المشتري في حيازة المبيع، والانتفاع به[٣٩٥]. ومثال ذلك أن يبيع (أ) عقاراً إلى (ب) ويبيعه مرة أخرى إلى (جـ)، فيسجله الأخير. وينتزعه من (ب).

٢ - التعرض القانوني Troubles de droit

٢٢١ - يتمثل التعرض القانوني الصادر من البائع، في قيامه بادعاء حق على المبيع من شأنه المساس بحيازة المشتري، والانتفاع به. وبذا، فإن مضمون التزام البائع بضمان تعرضه القانوني يفرض عليه الامتناع عن ادعاء أي حق على المبيع، وعن المطالبة باسترداده، أياً كان أساس، أو سند المطالبة لأن من يضمن، يمتنع عليه

---

(٣٩٤) نقض ٨/٣/١٩٥٦ - مجموعة أحكام النقض س٧ - ٢٩١.

(٣٩٥) في هذا المعنى، السنهوري - الوسيط - مرجع سابق/ ص٧٩٨، وبعدها، وعكس ذلك فتحي عبدالرحيم/ مرجع سابق/ ص١٦٢.

التعرض. ويضرب الفقه مثالاً على ذلك بأنه إذا تصرف الشركاء على الشيوع في المال بالبيع، فلا يجوز لأحدهم بعد ذلك التعرض للمشتري إذا ظهر أن أحد البائعين لم يكن مالكاً وقت البيع. كذا لا يجوز للمتقاسم الذي باع عقاراً، داخلاً في نصيبه الذي آل إليه بالقسمة أن يطلب بطلان القسمة، إذا كان من شأن تقرير البطلان نزع العقار المبيع من المشتري[٣٩٦]. كذا، يعتبر تعرضاً قانونياً، أن يطالب البائع باسترداد المبيع الذي لم يكن مالكاً له عندالبيع، إذا اكتسب ملكيته بعد العقد على اعتبار أنه المالك الحقيقي. وبعكس ذلك، لا يعتبر تعرضاً قانونياً من البائع، يوجب التزامه بالضمان، أن يرفع مثلاً دعوى الإبطال لعيب من عيوب الإرادة أو يطلب فسخ العقد، لتخلف المشتري عن التزامه بدفع الثمن. وذلك لأنه يطالب بحق قانوني له.

- تمسك البائع بالنظام الوارد بالمادة ٩٣٥ مدني في مواجهة المشتري:

٢٢٢ - إعمالاً للحكم الوارد بنص م٩٣٥ مدني، فإن من حاز عقاراً، أو منقولاً، ظاهراً عليه بمظهر المالك، أو صاحب حق عيني آخر، واستمرت حيازته مدة خمس عشرة سنة، اعتبرت حيازته دليلاً على الحق، ويحكم له به، إذا أنكر حق الغير فيه، وادعاه لنفسه، ولو لم يبين سبب كسبه.

- وتبعاً لذلك، إذا حاز البائع العقار المبيع مثلاً مدة خمس عشرة سنة حيازة قانونية، مستكملة لركنيها المادي، والمعنوي، وأنكر حق الغير في المبيع الذي يحوزه، وادعى هذا الحق لنفسه، وتمسك في مواجهة المشتري بأثر الحيازة كقرينة قاطعة على الحق، فهل يعتبر ذلك تعرضاً من البائع تنطبق عليه أحكام المادة ٤٨١ مدني؟

- ونلفت النظر - بداية - بأن الأنظمة التي تجعل من التقادم سبباً مكسباً للملكية كالقانون المصري، يتصور أن يتم التمسك بالتقادم الطويل، أي بوضع يد البائع على المبيع، بعد البيع، وانتقال ملكيته للمشتري دون أن يعتبر ذلك تعرضاً من جانب البائع يقع عليه عبء ضمانه فيما ذهب إليه القضاء[٣٩٧]. إنما، يلزم

---

(٣٩٦) فتحي عبدالرحيم، مرجع سابق ص١٦٣.

(٣٩٧) مثلاً نقض ٣١/٣/١٩٤٩/ شعلة/ ص٢٥٤/ رقم(٣) - نقض ٤/٣/١٩٥٤ - شعلة/ ص٢٥٥ - ونقض ٣٠/٦/١٩٨٨/ شعلة/ ص٢٦٦/ رقم (٣٩).

لذلك، ثبوت أن البائع الذي لم يسلم المبيع - بعد البيع - لم يحوزه لحساب المشتري، وإنما لحساب نفسه. لأن نية التملك لدى البائع وهي الركن المعنوي للحيازة - لا تفترض من وقت البيع.

وذهب الفقه[٣٩٨] في تأييد هذا القضاء، إلى أن البائع، وهو يتمسك بالتقادم لا يقوم بعمل يتنافى مع عقد البيع، طالما أن الملكية انتقلت إلى المشتري. لأنه، وهو يتمسك بالتقادم يسلم ضمناً بانتقال الملكية إلى المشتري، ويريد اكتسابها مرة أخرى بسبب قانوني جديد، هو التقادم[٣٩٩].

بينما يفرق البعض[٤٠٠] بين تمسك البائع بالتقادم في مواجهة المشتري بعد مرور خمس عشرة سنة، وقبل مرور خمس عشرة سنة. وفي الحالة الأولى، دون الثانية يسقط الحق في ضمان التعرض الشخصي. ويصبح سبباً مشروعاً للتملك لا يحول دونه ضمان البائع. , وتفسير ذلك أن حق المشتري في الضمان يثبت - كما رأينا - بمجرد حدوث عمل من أعمال التعرض بما في ذلك، وضع البائع يده على المبيع بنية تملكه ويسقط الضمان بمرور خمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق فيه. ويكون البائع خلال هذه المدة قد اكتسب ملكية المبيع بالتقادم الطويل.

٢٢٣ - أما في القانون الكويتي، فأخذاً بالنظام الوارد بالمادة ٩٣٥ مدني، لا يتصور إمكانية قيام التعرض أصلاً بتمسك البائع في مواجهة المشتري - عن طريق الدفع - في دعوى المشتري، بالحيازة كقرينة قاطعة. لأن النص المذكور يفترض لتحقيق ذلك إنكار البائع حق المشتري، وهو غير متصور على البائع إذ كيف ينكر البائع كل حق لمن اشترى منه بعقد صحيح؟[٤٠١] ودون أن يتمسك في مواجهته بسبب جديد لكسب الملكية هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن الالتزام

---

(٣٩٨) الأهواني/ ص٥٤٣/ بند ٦٥٠ - سليمان مرقس/ ص٣٦٩/ ٢٠٢ - البدراوي/ ص٤٤٤/ بند/ ٢٩١ - الشرقاوي/ ٢٧١/ بند ٦٩ - تناغو/ ص٢٥٩/ بند ٦٥. والبائع في ذلك لا يختلف عن أي شخص آخر/ تناغو/ ص٢٥٨.

(٣٩٩) منصور مصطفى منصور - فيما أشار إليه الأهواني/ ص١٨٢.

(٤٠٠) السنهوري/ بند ٦٣٢ - والبدراوي/ ص٤٤٤/ بند ٢٩١.

(٤٠١) الأهواني/ ص٥٤٣/ بند ٦٥.

بضمان التعرض الشخصي لا يعني فقط، تمكين المشتري من الانتفاع بالمبيع، بل يشمل كذلك عدم إنكار البائع حق المشتري.

ومجمل ما تقدم، فإن الحجة الأولى التي نستند عليها للقول بعدم إمكانية تمسك البائع بالحيازة لكسب الملكية تقوم على طبيعة النظام الوارد بالمادة ٩٣٥ مدني وهي على عكس التقادم المكسب للملكية في القانون المصري، تفترض إنكار البائع، حق المشتري، وهو غير متصور - في حالتنا - وقد يرد على ذلك، بأن مسألة الإنكار تتصل بمحض ضمير الحائز، وليس ثمة ما يمنع - والحال هذه - من إنكاره كل حق للمشتري بعد البيع، والادّعاء به لنفسه، خصوصاً، أنه في مركزه - كحائز - يسمح له بالإنكار. ناهيك، بأنه غير ملزم أخذاً من نص المادة ٩٣٥ مدني كويتي ببيان سبب الإنكار[٤٠٢] ولا يقدح في ذلك أن الإنكار شرط مستقل autonome عن الحيازة، ومضي المدة. طالما أن الحائز ليس ملزما بإقامة الدليل على صحة إنكاره للحق، والادعاء به لنفسه.

ومردود على ذلك بأن مضمون الالتزام بالضمان، الذي يقع على عاتق البائع، يفترض القيام بعملين، أحدهما إيجابي، هو تمكين المشتري من الانتفاع بالمبيع، والآخر سلبي، هو عدم إنكار حق المشتري في المبيع. وبذا، فإن تمسك البائع قبل المشتري بالنظام الوارد بالمادة ٩٣٥ مدني يعني إخلاله، تلقائياً بالتزامه ضمان عدم التعرض للمشتري. ولعل هذا ما قصدته محكمة التمييز حين قضت بأنه.... لما كان ورثة البائع، يلتزمون بتسليم المبيع إلى المشتري، وبعدم التعرض له بمقتضى الضمان الذي يتولد عن عقد البيع، بوصفهم خلفاً عاماً للبائع، فإن أحداً منهم لا يستطيع الادعاء بملكية العقار، مهما طالت حيازته له، لأنها تكون حيازة مجردة عن شرائطها القانونية، لتسليمهم بملكية المشتري....[٤٠٣] وتفسير ذلك، أن الحيازة، وإن جاز الاستخلاف فيها، إلا أن الضمان ذاته مؤبد. وبذا، لا يجوز للورثة الإنكار. فمدة الحيازة، تنتقل من السلف إلى الخلف العام -

(٤٠٢) شكري سرور/ ص٢١٩/ بند ٣٢٨.

(٤٠٣) تمييز ٢١/٥/١٩٨٤ - غير منشور - فيما أشار إليه الأهواني/ موضع سابق.

والورثة خلف عام ولا يكون لهم بالتالي، حتى بعد اكتمال المدة إنكار حق المشتري، أخذاً من المادة ٩٣٥، لتعارضه مع أحكام ضمان التعرض الواردة بالمادة ٤٨١ مدني. ومما يؤكد ذلك أن حيازة الخلف، كما قلنا - امتداد لحيازة السلف، وبعبارة أخرى، ليست حيازة جديدة، أو مستقلة عن حيازة السلف إعمالاً للمادة ٩١٧ مدني. فإذا قام الضمان في حق الأول «السلف، البائع، قام في حق الثاني الخلف العام «ورثته مثلا». والمقصود بطبيعة الحال الضمان بمعناه الواسع. وكما لا يكون للأول «البائع» إنكار حق المشتري لا يكون لورثته كذلك، إنكار ذات الحق. والحجة الثانية، وهي مرتبطة بالحجة الأولى، أن النظام المنصوص عليه بالمادة ٩٣٥ مدني بعكس التصادم، لا يجعل من الحيازة بذاتها سبباً لكسب الملكية العقارية. حتى يمكن القول أن المشتري قد اكتسب الملكية بالحيازة وليس بالعقد.

ثالثاً - الجزاء المترتب على إخلال البائع بالتزامه بعدم التعرض:

٢٢٤ - قدمنا أن البائع، يلتزم، بعدم التعرض للمشتري، في الانتفاع بالمبيع كله، و بعضه، وسواء كان تعرضه، مبنياً على سبب مادي، أو سبب قانوني. والالتزام بالضمان يشمل جميع عقود البيع، سواء كان محلها منقولاً أو عقاراً، وفي الحالة الأخيرة، يقوم الضمان بصرف النظر عن تسجيل العقار. كذا تنطبق قواعد الضمان سواء تم البيع اختياراً، أو جبراً عن طريق المزاد.

والالتزام بضمان التعرض الصادر عن البائع، التزام دائم، ويستمر وجوده إلى ما بعد مرور خمس عشرة سنة من وقت البيع. فإذا وقع تعرض من البائع فإنه يكون قد أخل بأحد الالتزامات الأصلية في عقد البيع، بما يرتب مسئوليته في مواجهة المشتري بالتعويض وهذا الالتزام هو الذي يسقط - كما قدمنا - بمرور خمس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض فعلاً. وتختلف طريقة تنفيذ الالتزام بالتعويض، بحسب ما إذا كان التعرض مادياً، أو قانونياً. فجزاء التعرض المادي الصادر من البائع، وقف الأعمال المنافية للالتزام بالضمان. كذا إزالة ما وقع مخالفا له. كان يحكم مثلاً على البائع، الذي أخل، بالتزامه بضمان التعرض وفتح محلاً تجارياً منافساً للمشتري باغلاق المحل التجاري. كذا يكون للمشتري، طلب فسخ العقد مع التعويض، في الحالتين إن كان له مقتضى.

- فإذا كان العمل الصادر من البائع، يقوم على تصرف قانوني للغير(٤٠٤) كأن يبيع العقار مرة ثانية، ويقوم المشتري الثاني بتسجيل عقدة قبل المشتري الأول، وبذا فإن الملكية تنتقل بالتسجيل إلى المشتري الثاني، ولا يكون للمشتري الأول الا رفع دعوى التعويض على البائع للاخلال بالتزامه بضمان التعرض.

فالتعرض الصادر من البائع، إذا قام على تصرف قانوني للغير، كما هو الحال في الفرض المذكور لا يمكن المطالبة، فيه، بالتنفيذ العيني، ولا يملك المشتري الا دعوى التعويض وما ذلك إلا مجرد تطبيق للقواعد العامة في تنفيذ الالتزام العيني.

- فإذا بنى تعرض البائع للمشتري على سبب قانوني، كأن يرفع مثلاً دعوى باستحقاق المبيع، باعتباره مالكاً له، بفرض أن الملكية لم تنتقل إلى المشتري بالتسجيل فيستطيع المشتريه التخلص من هذا التعرض بطريق الدفع بالضمان.

أما إذا لم يكن البائع مالكاً للمبيع، وقت إبرام العقد، ثم تملكه بعد ذلك، لا يكون له أصلاً المطالبة باسترداد المبيع من المشتري على أساس أن الملكية آلت إليه بعد البيع إعمالاً لمبدأ، من يلتزم بالضمان، امتنع عليه التعرض. كذا، فإن المشتري - في هذه الحالة يصبح مالكاً، بملكية البائع للمبيع بعد إبرام العقد إعمالاً لحكم م٥٠٩ مدني، وبمقتضاها، فإن بيع ملك الغير، يعتبر نافذاً في مواجهة المالك الحقيقي، إذا آلت الملكية إلى البائع. وإلا جاز للمشتري الخيار بين طلب فسخ العقد، والتعويض إن كان له مقتض أو التمسك بالعقد والرجوع بضمان الاستحقاق على أساسه. وبذا تقترن أحكام ضمان التعرض، بأحكام بيع ملك الغير.

---

(٤٠٤) فقد قدمنا، إن هذه الصورة تدخل كذلك في معنى التعرض المادي. وقارن فتحي عبدالرحيم - مرجع سابق - ص ١٦٦ - الذي يدخل هذه الصورة، ضمن التعرض القانوني.

رابعاً - الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من البائع:

٢٢٥ - نصت المادة ٤٨١ مدني على التزام البائع بعدم التعرض للمشتري في المبيع، كله، أو بعضه، حتى، ولو اتفق على غير ذلك. وبذا، فالاتفاق على إعفاء البائع من التزامه بعدم التعرض للمشتري - يقع باطلاً، ويظل البائع مسئولا عن أي استحقاق ينشأ عن فعله. وإلا، وقع المشتري تحت رحمة البائع، وزالت كل مسئولة عن هذا الأخير وهو أمر غير متصور. وإن وجد، يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً.

وجدير بالملاحظة، أن المشرع، قد عرض للاتفاق على عدم الضمان لكنه لم يتناول الفرض الخاص، بالاتفاق على زيادة الضمان، أو الاتفاق على انقاص الضمان، وفيهما لا يقع الاتفاق باطلاً، لعدم تعلق أحكام الضمان بالنظام العام.

والاتفاق على زيادة الضمان، يقصد به توسيع مدى، أو نطاق التزام البائع بعدم التعرض. ومثال ذلك أن التزام البائع، بعدم منافسة المشتري يقتصر الامتناع عن فتح محل منافس، للاتجار في ذات السلعة، ولكن يمكن الاتفاق على تشديد التزام البائع بعدم المنافسة ليشمل نفس السلعة، وسلع أخرى فالالتزام بعدم المنافسة في شتى صورة ومنها خطر التعامل مع العملاء لا يكون باطلاً إلا إذا تضمن تحريم الاتجار كلية على البائع لأنه يكون في هذه الحالة، مخالفاً لمبدأ حرية التجارة، وحرية العمل، وهما من النظام العام[٤٠٥]،

- كذا، لا يقع باطلا اتفاق البائع، والمشتري على انقاص الضمان. ومن ذلك مثلاً، الاتفاق على أن يكون للبائع، الحق في انشاء متجر مجاور للمحل المبيع، يتجر فيه، ببعض السلع المثيلة[٤٠٦].

---

(٤٠٥) نقض ٧ يونيه ١٩٦٢ - مجموعة أحكام النقض - س ١٣ - ص ٧٦٤.

(٤٠٦) السنهوري - مرجع سابق - بند ٣٣٦ - والمادة ٤٦٦ مدني مصري.

الفرع الثاني: ضمان التعرض الصادر من الغير

تعريف:

٢٢٦ - رأينا أن البائع، يلتزم في مواجهة المشتري، بالامتناع عن أي فعل مادي، أو تصرف قانوني، يصدر منه شخصياً، يمس بحق المشتري في حيازة المبيع، والانتفاع به وهذا، هو ضمان التعرض الصادر عن البائع.

كذا، يلتزم البائع بضمان التعرض الصادر من الغير، الذي يدعى أن له حقاً على المبيع، يستوي أن يكون سند هذا الحق سابقاً على إبرام البيع، أو لاحقاً له.

وإذا كان التزام البائع، بضمان تعرضه الشخصي، يشمل أفعاله المادية، وكذلك التصرفات القانونية. فإن التزامه بضمان التعرض الصادر من الغير لا يشمل سوى التصرفات القانونية. ذلك أن المفروض أن يتولى المشتري نفسه. صد الأعمال المادية الصادرة عن الغير. وتمس بحيازته للمبيع، أو الانتفاع به وفرق آخر بين التزام البائع بضمان تعرضه الشخص، والتزامه بضمان تعرض الغير، فالأول، التزام بامتناع عن عمل، بحيث يكون البائع مخلاً به دون حاجة إلى إعذار بينما الثاني، التزام بعمل، هو دفع تعرض الغير للمشتري لذا، يلزم إعذار البائع في القانون المصري - وإدخاله في الدعوى في القانون الكويتي والثاني أبعد من الأول.

٢٢٧ - وسوف نعرض بداية شروط ضمان البائع، تعرض الغير، ثم أحكام هذا الالتزام - على النحو التالي -

المحور الأول - شروط الالتزام بضمان تعرض الغير:

٢٢٨ - يبين من نص المادة ٤٨٢ مدني، أن ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير، لا يتحقق، إلا بشروط ثلاثة هي:

الشرط الأول أن يكون التعرض قانونياً

٢٢٩ - فعلى خلاف ضمان البائع تعرضه الشخصي، سواء كان مادياً، أو قانونيا - فإنه لا يضمن تعرض الغير للمشتري إلا إذا كان تعرضاً على سبب قانوني فيلتزم البائع بضمان تعرض الغير الذي يدعى على المبيع حقا موجودا وقت البيع، ويحتج به على المشتري، كما يكون ملزماً بالضمان، ولو ادعى المتعرض حقاً نشأ بعد البيع، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع أو كان نتيجة فعله. أما التعرض المادي الصادر من الغير، فلا يضمنه البائع. وعلى المشتري - كما قدمنا - أن يدفعه بنفسه. وتبعاً لذلك، حكم بأن التعرض المادي الحاصل من الغير للمشتري في العين المبيعة لا يدخل بحال في ضمان البائع حتى ولو كان منصوصاً عليه في العقد. لأن ما يضمنه البائع بصفته هذه، هو التعرض أو الاستحقاق المستند إلى سبب أو نزاع قانوني[٤٠٦م].

- فإذا لم يستند الغير في تعرضه للمبيع إلى حق ما، وباشر، اغتصاب العين المبيعة، اعتبر ذلك، تعرضاً مادياً لا يضمنه البائع. وعلى المشتري أن يدفعه بما وضعه القانون في يده من وسائل. بما في ذلك دعاوي الحيازة. كذا لا يضمن البائع تعرض الغير، إذا كان استحقاق المبيع راجعا إلى فعل المشتري، أو إهماله. ومن ذلك مثلاً، أن يقر المشتري مثلا بالحق الذي يدعيه الغير. أو يهمل المشتري ادخال البائع في دعوى الاستحقاق التي يرفعها الغير، حين يكون ادخاله مهماً لرفض الدعوى. وبعكس ذلك، إذا ادعى الغير ملكية المبيع، أو أي حق عيني آخر عليه كانتفاع أو رهن، أو حق شخصي، كإجارة نافذة في حق المشتري، كان ذلك تعرضاً قانونياً يضمنه البائع.

(٤٠٦م) نقض ١٨/١١/١٩٣٧ - مجموعة القواعد/ جـ١/ ص٣٥٧.

الشرط الثاني – وقوع التعرض فعلاً

٢٣٠ – لا يكفي لمطالبة البائع بالضمان، احتمال وقوع التعرض، أو خشية المشتري وقوعه، بل يشترط، أن يقع التعرض فعلاً، ويكون التعرض فعلياً، إذا اتخذ الغير بناء على الحق الذي يدعيه، موقفاً إيجابياً من شأنه حرمان المشتري من كل أو بعض سلطاته على المبيع، أو تعكير انتفاعه به، انتفاعاً هادئاً.

وعلى ذلك، لا يجوز للمشتري المطالبة بالضمان قبل وقوع التعرض، أو الاستحقاق بالفعل. فإذا ظهر مثلا أن العقار المبيع محملاً بحق عيني، للغير، كرهن مثلاً، لا يكون للمشتري الحق في الرجوع على البائع بالضمان، طالما لم يقم الدائن المرتهن، بالتنفيذ على العقار المبيع. وعليه الانتظار، إلى حين قيام الأخير باتخاذ إجراءات التنفيذ العقاري عليه. وفي الأمثلة السابقة، يقع التعرض في صورة دعوى، يرفعها الغير. وبالتالي يثورالتساؤل، هل يمكن أن يكون الغير هو المدعى عليه في دعوى التعرض؟ والواقع أن الإجابة بالإيجاب. ومثال ذلك أن يبيع (أ) عقاراً إلى (ب) وهو في حيازة (جـ)، فيرفع المشتري دعوى استرداد العقار المبيع على (جـ) فيدفع الأخير الدعوى بأنه مالك للعقار، أو له عليه حق عيني، كرهن أو انتفاع...

الشرط الثالث: أن يكون حق المتعرض سابقاً على وقت البيع، أو آل إليه بعد البيع، بفعل البائع نفسه.

٢٣١ – يبين من نص م ٤٨٢ مدني، إن البائع، يلتزم بضمان تعرض الغير الذي يدعي على المبيع حقاً موجوداً وقت البيع، ويحتج به على المشتري. فإن كان سبب استحقاق الغير لاحقاً لإبرام البيع، فإن البائع لا يضمنه كقاعدة عامة ولا يكون مسئولاً عنه، لأنه لم ينقل المبيع، محملاً بسبب الضمان وعلى ذلك:

لا يسأل البائع عن نزع ملكية العقار المبيع للمنفعة العامة بعد تمام عقد

البيع، كذا لا يسأل عن مصادرة المبيع، أو الاستيلاء عليه، بعد البيع، طالما أن السبب لا يرجع إلى وقت إلام العقد. ويقع على المشتري، أن يدفع هذا التعرض بنفسه(٤٠٧).

- ومع ذلك، يكون البائع مسئولاً عن تعرض الغير، ولو كان الحق الذي يستند إليه المتعرض، قد ثبت له بعد البيع، متى كان هذا الحق قد آل إليه من البائع، أو كان ناشئاً عن فعل البائع نفسه - ومثال ذلك، أن يبيع أ إلى (ب) عقاراً، ثم يبيعه مرة ثانية إلى (حـ)، فيقوم الأخير بتسجيل العقار قبل (ب) وتنتقل إليه ملكية العقار وعندئذ - وإعمالاً لنص م ٤٨٢ مدني - يكون لـ (ب) الرجوع بالضمان على البائع، لأن سبب استحقاق المبيع، وإن كان لاحقاً على البيع الأول لـ (ب) إلا أن سببه راجعاً إلى البائع (أ) نفسه - وقد يدعى - في هذا الفرض - بأن المشتري الأول (ب) أهمل تسجيل البيع العقاري، ويحرم لذلك من الرجوع بالضمان على البائع (أ). والحقيقة أن البائع يضمن خلو المبيع من أي حق للغير يمس حيازة المشتري، وانتفاعه. وبذا يظل ضامناً لأفعاله اللاحقة لابرام البيع الأول، بما في ذلك بيعه العقار مرة ثانية لمشترٍ آخر، يسبق إلى تسجيل البيع.
- وعلى أية حال، يكفي للرجوع بضمان الاستحقاق أن يحرم المشتري فعلاً من المبيع لأي سبب سابق على البيع، لم يكن له يد فيه، أو ليس في مقدوره دفعه - إنما لا يتوقف وجود ضمان الاستحقاق على صدور حكم قضائي بنزع ملكية المبيع من المشتري(٤٠٨). فنزع الملكية، ليست قاصرة فقط على النزاع الحاصل بناء على حكم قضائي، بل يقصد بها أيضاً - أي تعرض للمشتري من شأنه أن يؤدي إلى نزع الشيء المبيع.

---

(٤٠٧) نقض - ٥/١١/١٩٨٦ - شعلة - ٢٨٤ رقم ٤٩.
(٤٠٨) نقض ٨/١١/١٩٨٢ - أحكام النقض - س ٣٣ - ص ٩٤٤.

المحور الثاني - أحكام الالتزام بضمان تعرض الغير

٢٣٢ - قدمنا - أن التزام البائع، بدفع تعرض الغير للمشتري، التزام بعمل. وهو كذلك التزام بتحقيق نتيجة. ولذا، لا يمكن للبائع التخلص من المسؤولية بالضمان، بإثبات أنه بذل العناية اللازمة. ومع ذلك لا يلتزم البائع بضمان التعرض الصادر إلا إذا أدخله المشتري في دعوى الاستحقاق - م٤٨٣ مدني. وإلا سقط حقه في الضمان كذا، يمكن الاتفاق على زيادة، أو إنقاص أو إسقاط الضمان وسوف نعرض لهذه المسائل فيما يلي.

أولا - وجوب إدخال البائع في دعوى الاستحقاق:

٢٣٣ - ورد نص الفقرة الأولى من م٤٨٣ مدني صريحة بأنه إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع كلياً، أو جزئياً، وجب عليه المبادرة بإدخال البائع فيها.

ويواجه هذا النص - الحالة الغالبة - التي يتخذ فيها تعرض الغير للمشتري صورة دعوى استحقاق. ويقصد بها الدعوى التي يدعي فيها الغير ملكية المبيع كله، أو بعضه. وكذا كل دعوى يرفعها الغير على المشتري، يدعي فيها حقاً على المبيع كرهن، أو انتفاع[٤٠٩]. وفي هذه الحالة، يجب على المشتري المبادرة بإدخال البائع في دعوى الاستحقاق[٤٠٩م]. وعلى البائع التدخل إلى جانب المشتري، أي تنفيذ التزامه بعدم التعرض تنفيذاً عينياً. ومعنى ذلك أن التزام البائع، بالضمان يتوقف على رفع دعوى الاستحقاق من الغير على المشتري - وقيام الأخير بإدخال البائع. فلم يكتف المشرع الكويتي، بقيام المشتري بإخطار البائع برفع الدعوى -

(٤٠٩) قرب، عبدالفتاح عبدالباقي - مرجع سابق - ص١٦٥٢.

(٤٠٩م) ولكن المشتري - حتى في القانون المصري - يملك بدلاً من إخطار البائع بوقوع التعرض، أن يدخله في الدعوى مباشرة كضامن فيها - م١١٧ من قانون المرافعات - وللمحكمة من تلقاء نفسها، أن تأمر بإدخال البائع في الدعوى لمصلحة العدالة، أو لإظهار العدالة - أخذاً من نص م١١٨ من قانون المرافعات. كذا، يكون للبائع أن يتدخل في الدعوى من تلقاء نفسه - ولو لم يخطره بها المشتري - إذا علم بها من أي طريق.

كما هو الشأن في القانون المصري وإنما اشترط وجوب إدخاله في دعوى الاستحقاق. والحكمة من ذلك تمكين البائع من الدفاع عن المشتري ضد التعرض الصادر من الغير. كذا يكون للبائع، من تلقاء نفسه التدخل في الدعوى، متى علم بها - م٨٧ مرافعات بل إنه يكون للمحكمة، أخذاً من نص المادة ٨٨ مرافعات، إدخال البائع في دعوى الاستحقاق، إذا وجدت أن ذلك ضروري لمصلحة العدالة، أو لإظهار العدالة.

٢٣٤ - وإذا كان المشتري مدعياً على الغير في دعوى يطالب فيها برد المبيع مثلاً ودفع المدعى عليه «الغير» دعوى المشتري، بوجود حق اكتسبه من البائع وجب على المشتري إدخال بائعه في الدعوى.

وبعكس ذلك، إذا كان الغير، قد رفع دعوى الاستحقاق على البائع وحده دون إدخال المشتري، وصدر الحكم لصالحه. لم يكن هذا الحكم حجة على المشتري. ولا يكون للمشتري الرجوع بضمان الاستحقاق على البائع. ولذا، حكم مثلاً بأنه إذا كانت كل حقوق البائع من العقار المبيع تنتقل بالبيع إلى المشتري، فلا وجه لاعتباره ممثلاً للمشتري في أي نزاع مع الغير بشأن العقار المبيع. ولذا، فإن كل دعوى ترفع بشأن المبيع يجب أن توجه إلى المشتري. وإذا هوجم البائع وحده، فلا يكون الحكم الصادر عليه حجة على المشتري، ولو كان عالماً بالخصومة لأن القانون لا يوجب عليه التدخل فيها[٤١٠].

- وإذا، أدخل البائع في دعوى الاستحقاق، وجب عليه تنفيذ التزامه بالضمان تنفيذاً عينياً. ويتمثل ذلك في دفع تعرض الغير، بجميع الوسائل القانونية التي يملكها. فإذا استصدر حكماً برفض دعوى الاستحقاق لمصلحة المشتري، أو جعل الغير يكف عن ادعائه، بحقوق له على المبيع. فإن البائع بذلك، يكون قد نفذ التزامه بالضمان، تنفيذاً عينياً[٤١١]. وعلى عكس ذلك إذا

(٤١٠) نقض ٢٢/١/١٩٤١ - مجموعة عمر - ٣ - رقم٨٧ - ص٢٩٤ - ومشا رإليه في الأهواني - مرجع سابق/ ص٥٦٨/ الحاشية ٦٥٤ - وفتحي عبدالرحيم/ ص١٧٦ - الحاشية (١).
(٤١١) في هذا المعني السنهوري / ص٦٦٥ - تناغو/ ص٢٨١.

قضى للغير بادعائه يكون البائع قد عجز عن تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، ويحكم عليه بتعويض المشتري، وهذا هو ضمان الاستحقاق.

ثانياً - جزاء عدم إدخال البائع في الدعوى:

٢٣٥ - إذا لم يقم المشتري ب إدخال البائع في دعوى الاستحقاق، وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضي. سقط حقه في الضمان. إذا أثبت البائع، بأن تدخله في الدعوى كان لازماً لرفض دعوى الا ستحقاق. وبذا، فليس على البائع ليتخلص من الضمان في هذا الغرض سوى إثبات أن المشتري لو أدخله في دعوى الاستحقاق، فإن ذلك كان يؤدي إلى رفضها. وليس عليه لذلك إثبات سوء نية المشتري مثلاً، أو شبهة تواطؤ قام بينه، وبين الغير، أو خطأ جسيم، أو تدليس. فإذا لم يستطع البائع إثبات أن إدخاله في الدعوى من شأنه أن يؤدي إلى رفضها. بقي ملتزماً بالضمان، بالرغم من عدم إدخاله في الدعوى. وبعكس ذلك، إذا نجح المشتري في دفع تعرض الغير، بدون إدخال البائع. وحكم برفض دعوى المدعى، انقضى - تبعاً لذلك - التزام البائع بالضمان ولا يكون للمشتري الرجوع على البائع سوى بمصروفات الدعوى.

ثالثاً - ضمان الاستحقاق:

٢٣٦ - إذا أدخل المشتري البائع في الدعوى، فلم يحضر، أو حضر، وفشل في دفعها، يصبح ضامناً لاستحقاق المبيع[٤١١م]. واستحقاق المبيع، قد يكون كلياً، أي بحرمان المشتري منه بصورة كلية، وقد يكون جزئياً، أي بحرمان المشتري من جزء منه. وفيهما يكون البائع مسؤولاً بالضمان، أما إذا اختار المشتري استبقاء المبيع، فإنه - بعكس الحالتين السابقتين - لا يكون له إلا المطالبة

(٤١١م) ويتحقق ضمان الاستحقاق أيضا وإن لم يخطر المشتري البائع، فخسر دعواه، ولم يثبت الأخير بأن تدخله كان يؤدي إلى رفض الدعوى - وكذا، إذا لم ترفع أصلاً دعوى من الغير باستحقاق المبيع، ولكن المشتري اعترف للغير بالحق الذي يدعيه - وفروض أخرى في تناغو/ ص٢٨٦.

بالتعويض عما أصابه من ضرر وأخيراً فإن أغلب أحكام التعرض الصادر من الغير لا تتعلق بالنظام العام، فيجوز الاتفاق على زيادة أو إنقاص، أو إسقاط الضمان. وسنعرض لهذه المسائل - تباعاً - فيما يلي.

١ - حالة الاستحقاق الكلي للمبيع:

٢٣٧ - إعمالاً لنص م٤٨٤ مدني، إذا استحق المبيع كله، كان للمشتري، أولاً - استرداد الثمن من البائع، فضلاً عن حقه في طلب التعويض عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب هذا الاستحقاق - على التفصيل الآتي:

أ - استرداد المشتري للثمن:

٢٣٨ - يجوز للمشتري - بداية، المطالبة باسترداد ما سبق أن دفعه من ثمن للبائع. فالبائع، إذن يلتزم برد الثمن للمشتري - في القانون الكويتي بينما يلتزم برد قيمة المبيع، في القانون المصري. وفرق بين التزام البائع برد الثمن كاملاً للمشتري، ورد قيمة المبيع. ففي الحالة الأولى، يلتزم البائع برد قيمة المبيع، بما يعود بالمنفعة على المشتري. وفي الحالة الثانية، لا يسترد المشتري إلا قيمة المبيع الفعلية، حتى ولو انخفضت، عن الثمن الذي سبق أن دفعه.

كذا، يسترد المشتري مصروفات البيع، بوصفها من ملحقات الثمن.

ب - حق المشتري في التعويض:

٢٣٩ - وإعمالاً لنص م٤٨٤ مدني، إذا استحق المبيع كله، كان للمشتري الرجوع على البائع بالتعويض عما لحقه من خسارة، وما فاته من كسب بسبب الاستحقاق إعمالاً للقواعد العامة، بأن التعويض يشمل كل الضرر المتوقع وبصرف النظر عما إذا كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق أو لا يعلم.

ولا يكون للمشتري الرجوع بالتعويض إلا إذا كان البائع سيىء النية أي يعلم - وقت البيع - بسبب الاستحقاق. وقد استنتج الفقه من ذلك، بأن أساس الالتزام بالتعويض في القانون الكويتي هو خطأ البائع التقصيري، أي البيع مع

العلم - وقت إبرام العقد بأن المبيع مستحق للغير. وبعكس ذلك، لا يلتزم البائع بتعويض المشتري عما لحقه من خسارة، وما فاته من كسب، إذا كان حسن النية لا يعلم بسبب الاستحقاق[٤١١م أولا]. وبذا، ورد نص المادة ٢/٤٨٤ صريحاً، بأن حق المشتري يقتصر على استرداد الثمن إذا أثبت البائع أنه لم يكن يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق.

٢ - حالة الاستحقاق الجزئي للمبيع:

٢٤٠ - إعمالاً لنص م٤٩٥ مدني، إذا قضى باستحقاق بعض المبيع، أو ثبت عليه حق للغير، وكانت خسارة المشتري من ذلك تبلغ قدراً لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يرد المبيع، وما أفاده منه، على أن يعوض - وفقاً لأحكام النص السابق.

فإذا اختار المشتري، استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ قدراً لو علمه لما أتم العقد، فإنه لا يكون له إلا المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق.

- ويكون الاستحقاق جزئياً، إما لثبوت ملكية الغير لجزء من المبيع، أو لثبوت تكليف على العين المبيعة من شأنه أن ينقص من قيمتها، كحق رهن أو انتفاع أو حق شخصي كإيجار نافذ في مواجهة المشتري.

- ويبين من النص السابق أن المشرع يفرق بين الاستحقاق الجزئي الجسيم، واليسير. والأول، هو الذي يؤدي إلى خسارة المشتري خسارة فادحة، بحيث تبلغ قدراً لو علم به وقت البيع لما استمر في التعاقد.

أما الاستحقاق الجزئي اليسير، فهو الذي لا يبلغ قدراً من الجسامة بحيث لو علمه المشتري، وقت إبرام البيع لما انصرف عن التعاقد.

- وعلى أية حال، فإن تقدير، ما إذا كان الاستحقاق الجزئي، جسيماً، أو

(٤١١ م أولا) الأهواني/ ص٥٩١/ بند ٧٠٢.

يسيراً، مسألة موضوعية، يترك تقديرها لمحكمة الموضوع، بدون رقابة من محكمة التمييز وفقاً لكل حالة على حدة.

– ومع ذلك، فإن التفرقة بين الاستحقاق الجزئي الجسيم، واليسير تلعب دوراً مؤثراً من حيث نتائجها بالنسبة للمتبايعين:

– فإذا كان الاستحقاق الجزئي جسيماً، كان للمشتري الخيار، بين استبقاء المبيع، والحصول على تعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق أو رد المبيع، وما أفاده منه، مع المطالبة بالتعويض المقرر في حالة الاستحقاق الكلي. أما إذا كان النقص يسيراً، لا يستطيع المشتري أن يرد المبيع ليطالب البائع بضمان الاستحقاق الكلي، بل يقتصر حقه على المطالبة بالتعويض عن النقص.

وعلى أية حال فإن البائع إعمالاً لنص م٤٨٦ مدني لا يضمن حقاً ينقص من انتفاع المشتري بالمبيع، إذا كان قد أبان عنه للمشتري وقت التعاقد، أو كان هذا الحق ارتفاقاً ظاهراً، أو ناشئاً عن قيد قانوني ويبين من هذا النص أنه لا ينطبق إلا على الانتقاص من الانتفاع بالمبيع أي على حالة الاستحقاق الجزئي، نتيجة وجود حق معلن على المبيع. سواء لأن البائع قد أبان عنه للمشتري، وأطلعه عليه وقت التعاقد إذ يعتبر سكوت المشتري بعد علمه به رضاء ضمنياً بإسقاط ضمان البائع له. وسواء كان هذا الحق الذي ينقص من الانتفاع بالمبيع عينياً، كارتفاق، أو انتفاع، أو شخصياً، كإجارة نافذة في حق المشتري. أما حق الرهن، فهو لا ينقص من الانتفاع بالمبيع، وبذا، يضمنه البائع حتى ولو أبان عنه للمشتري – كذا، لا يضمن البائع، حق الارتفاق الظاهر، كأن وجدت علامات مادية. أو آثار تدل عليه. ومن العلامات المادية الحدود بين العقار الخادم، والمخدوم ومن الآثار التي تدل على الارتفاق الظاهر، وجود طريق للمرور بالعقار المبيع. ووجود الارتفاق الظاهر على هذا النحو يكفي لعدم ضمانه من قبل البائع، سواء علم المشتري بالارتفاق أو لم يعلم، ما دام ظاهراً يستطيع المشتري وقت البيع أن يراها وهو يعاين المبيع بحيث يكون سكوته دليلاً على رضائه بعدم ضمان البائع. وأخيراً، لا يضمن البائع للمشتري الحق الذي ينقص من الانتفاع بالمبيع إذا كان

راجعاً إلى قيد من القيود القانونية التي ترد على حق الملكية، سواء كان المشتري يعلم بها أو لا يعلم، وبصرف النظر عما إذا كانت ظاهرة، أو غير ظاهرة وإن جاز للمشتري في الحالة الأخيرة، أن يرفع دعوى العيوب الخفية، أو عيوب الإرادة، كالغلط، أو التدليس إذا توافرت الشرائط الأخرى وأساس عدم ضمان البائع الاستحقاق الجزئي - في هذه الحالة - أن هذه القيود مقررة بقوى القانون de plein droit والقاعدة، أنه لا يعذر أحد بجهله للقانون.

٣ - الاتفاقات المعدلة لضمان الاستحقاق:

٢٤٠مكرراً - إعمالاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٤٨٧ مدني، يجوز للمتعاقدين الاتفاق على زيادة ضمان الاستحقاق، أو إنقاصه، أو إسقاطه.

ومن ذلك، يبين أن أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير، ليست قواعد آمرة تطبق بالضرورة في كل حالة. بل إنها قواعد مكملة، بحيث يجوز للمتعاقدين، كقاعدة عامة - الاتفاق على ما يخالف أحكامها. إما بقصد **تشديد** أحكام الضمان على البائع، أو **التخفيف** منها، أو حتى **إسقاط** الضمان - على النحو الآتي:

أ - الاتفاق على زيادة أحكام الضمان:

٢٤٠مكرراً (أ) - قد يقبل البائع، ما يطلبه المشتري - من زيادة أحكام الضمان - وهو فرض نادر من العمل نظراً لأن أحكام ضمان التعرض، والجزاء على مخالفتها «ضمان الاستحقاق» فيها من الشدة، ما يكفل حماية المشتري - ومع ذلك، قد يتصور وجود اتفاق على تشديد أحكام البائع بضمان التعرض الصادر عن الغير - ومن ذلك مثلاً، الاتفاق على أن يضمن البائع التعرض الاحتمالي، أو التهديد به، حتى، ولو لم يقع فعلاً. أو أن يضمن تعرض الغير، حتى، ولو كان مادياً. أو الاتفاق على حق المشتري رد المبيع، وما أفاده منه مع المكالبة بالتعويض المقرر في حالة الاستحقاق الكلي، بالرغم من أن النقص غير جسيم، أو الاتفاق على حق المشتري في التعويض عن الاستحقاق برغم حسن نية البائع... وغير ذلك.

- ويشترط في الاتفاق على تشديد أحكام ضمان التعرض الصادر عن الغير

أن يكون واضحاً من شروط العقد. أما اشتمال العقد - على ما قرره القانون بضمان التعرض الصادر عن الغير - بعبعرات عامة. فإنه لا يدل على أن البائع تعهد بضمان أشد مما فرضه القانون، ويكون من المتعين في هذه الحالة، تطبيق الضمان القانوني دون زيادة عليه - وبررت محكمة النقض المصرية ذلك - بأن الشك يفسر لمصلحة البائع(٤١٢).

ب - الاتفاق على إنقاص الضمان أو الإعفاء منه:

٢٤٠ مكرراً (ب) - والاتفاق على إنقاص الضمان، أو الإعفاء منه، قد يتخذ صوراً عدة: منها مثلاً إعفاؤ البائع من كل، أو بعض عناصر التعويض الواردة بالمادة ٤٨٤ مدني. ومن ذلك، الاتفاق علء التزام البائع فيح الة الاستحقاق برد الثمن فقط. وقد يتمثل الاتفاق على إعفاء البائع من ضمان الاستحقاق بأكمله بالنسبة لأسباب معينة دون غيرها. ومن ذلك، الاتفاق على عدم ضمان البائع، ما يظهر من حقوق ارتفاق على المبيع، لم يكن يعلم بها. أو الاتفاق على عدم التزام البائع بضمان الاستحقاق، إذا فسخ سند ملكية، أو حكم بإبطاله(٤١٢م).

- وأخيراً، فقد يكون الاتفاق على إعفاء البائع من ضمان التعرض عاماً، فيتضمن العقد مثلاً، بأن المشتري لا يكون له الحق في الرجوع على البائع بضمان التعرض الصادر عن الغير في جميع الحالات - فمثل هذا الشرط، يقع صحيحاً، في حالة التعرض الصادر عن الغير.

وقد سبق أن رأينا، أن الاتفاق على إعفاء البائع من المسئولية بضمان التعرض الشخصي، أو إسقاط الضمان يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ومع ذلك - فإن المشرع، يضع قيوداً على حرية المتعاقدين، الاتفاق على الإعفاء من أحكام الضمان، أو إسقاط الضمان بالنسبة للتعرض الصادر عن الغير. فيلزم بداية، لصحة الاتفاق، ألا يكون البائع قد تعمد إخفاء سبب

---

(٤١٢) - نقض - ١/٢/١٩٥١/ مجموعة القواعد/ جـ ١/ ص٣٥٨.

(٤١٢م) الأهواني/ ص٦١٨/ بند ٧٢٦/ الشرقاوي/ ص٣٠٦ - تناغو/ ص٣٠٣.

الاستحقاق على البائع. وهذا الاستثناء مجرد تطبيق لمبدأ عام، يحكم عقد البيع، أو غيره من العقود، هو أن الغش يفسد كل شيء.

كذا، يبطل كل شرط بإنقاص الضمان، أو إسقاطه إذا كان الاستحقاق ناشئاً عن فعل البائع. يستوي في ذلك، أن يكون فعل البائع، قد وقع قبل البيع، كأن يرتب رهناً على المبيع، قبل بيعه، أو يبيع العقار إلى مشتر أول، يسجل عقده، ويبيعه مرة أخرى إلى مشتر ثان - وقد يقع فعل البائع، بعد البيع كأن يرهن المبيع، بعد بيعه، أو يبيع العقار إلى مشتر أول - لم يسجل، ثم يبيعه إلى مشتر ثان يبادر بتسجيل العقار. ففي هذه الفروض - جميعاً، يبطل الاتفاق على إنقاص الضمان، أو إسقاطه. أما إذا كان الاستحقاق ناشئاً عن فعل الغير، ولم يتعمد البائع إخفاء حق هذا الغير. فإن شرط عدم الضمان يكون صحيحاً.

المطلب الثالث
ضمان العيوب الخفية

النصوص القانونية:

٢٤١ - ورد النص على التزام البائع بضمان العيوب الخفية في تسع مواد. حيث عرضت المادة ٤٨٩ مدني لمعنى الضمان، ومضمونه وأحالت، في تحديد آثاره - إلى نص المادة ٤٨٥(٤١٢م أولا).

بينما وردت شروط الضمان بالمواد ٤٩٠، و٤٩١، و٤٩٢، و٤٩٧، بصورة غير مباشرة.

ونصت المادة ٤٩٥ على جواز الاتفاق على زيادة الضمان، وإنقاصه وإسقاطه. وعرضت المادة ٤٩٦ لسقوط دعوى الضمان العيوب الخفية بمضي سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك.

٢٤٢ - وبناء على ما تقدم، سنعرض بداية لماهية التزام البائع بضمان العيوب الخفية(٤١٣).

- ثم شروط الالتزام بالضمان.
- وأخيراً، أحكام الالتزام بضمان العيوب الخفية.

الفرع الأول - ماهية ضمان العيوب الخفية:

٢٤٣ - لم يعرف المشرع الكويتي، كنظيره المصري، ماهية العيب الخفي،

(٤١٢م أولا) وتفصيلاً - الأهواني/ ص٦٢٦/ بند ٧٣٤ - ومقابل ذلك بالقانون المصري - المواد ٤٤٧ إلى ٤٥٤ مدني - السنهوري والفقي/ بند ٣٦٠/ تناغو/ ص٣٠٩/ بند ٧٤ - والشرقاوي/ ص٣١٠/ بند ٨٣ - وانظر خصوصاً، عبدالرسول عبدالرضا - ضمان العيوب الخفية في البيع/ رسالة القاهرة/ ١٩٧٤ - والمذكرة الإيضاحية/ ص٣٨٢ - وبعدها.

(٤١٣) والعيوب، هي النقائص الموجبة لنقص المالية في عادات التجار، لأن المبيع، إنما صار محلاً للعقد باعتبار صفة المالية، فما يوجب نقصانا فيها يكون عيبا - المغني لابن قدامة جـ٤ - ٢٢٣.

وعرفته محكمة النقض، بأنه الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع وكذا، بأنه نقيصه يقتضي العرف سلامة المبيع منها غالبا[٤١٤].

- ويبدو لأول وهلة أن الالتزام بضمان العيوب الخفية يختلط بالالتزام بالتسليم، فقد قدمنا أن البائع يلتزم بتسليم المبيع بشرط أن يكون مطابقاً لما اتفق عليه. فإذا ظهر بالمبيع عيباً، امتنع المشتري عن تسلمه بسبب العيب، ويكون له طلب فسخ العقد، لإخلال البائع بالالتزام بالتسليم ومع ذلك يتميز ضمان العيوب الخفية عن الالتزام بالتسليم، إذا كان المبيع مطابقاً لاتفاق المتبايعين، ووجد فيه مع ذلك، عيباً خفياً.

- ويجوز للمشتري، تطبيقاً للقواعد العامة - أن يرفع الدعوى بإبطال البيع للغلط إذا وجد بالمبيع عيباً، لم يكن يعلمه، ولو علم به لما أقدم على إبرام العقد. ويبدو العيب الخفي في هذه الحالة مختلطاً بالغلط الذي يخول للمشتري طلب إبطال العقد[٤١٥].

ومع ذلك لم يشأ المشرع ترك ضمان العيوب الخفية للقواعد العامة في الفسخ، أو طلب الإبطال للغلط، وإنما أورد لها أحكاماً مستقلة بالمواد ٤٨٩، وما بعدها من القانون المدني.

وبينما يقتصر التزام البائع بالضمان، في القانون الكويتي على العيوب الخفية بمعناها الضيق، وهي وجود آفة طارئة بالمبيع تنقص من قيمته، أو من المنفعة التي تعود على المشتري. فإن البائع في القانون المصري يكون ملزماً بالضمان ليس فقط لوجود آفة تنقص من الانتفاع بالمبيع، وإنما كذلك يمتد نطاق الضمان ليشمل تخلف الصفات التي كفل البائع للمشتري توافرها بالمبيع وقت التسليم[٤١٦].

---

(٤١٤) نقض ٨/٤/١٩٤٨ - شعلة - ص٢٨٥ - رقم (١) - وتمييز «تجاري» ١٧/٥/١٩٩٤/ غير منشور «عيوب خفية بالسيارة» وتمييز «تجاري» ٧/٦/١٩٩٤/ غير منشور - «عيب خفي بالسيارة» - وتمييز «تجاري» ٣٠/٩/١٩٩٢/ غير منشور - عيوب «خفية بالطراد المبيع».

(٤١٥) وفي هذا الفرض، يكون للمشتري الرجوع على البائع بدعوى الغلط، أو بدعوى ضمان العيوب الخفية، ولكن لا يجوز له الجمع بين الدعويين.

(٤١٦) وهو ما عبر عنه البعض، بأن المشرع الكويتي تبنى المفهوم التجريدي للعيب بينما تبنى المشرع المصري المفهوم الوظيفي - الأهواني/ ص٦٣٢/ بند ٧٤٠.

٢٤٤ - والواقع، أنه يصعب التسليم بأن تخلف صفة ضمن البائع للمشتري وجودها بالمبيع، تعتبر من قبيل العيوب التي يضمنها البائع. إنها لا تعدو - في اعتقادنا - سوى إخلال بالتزام قطعه البائع على نفسه تنطبق عليه أحكام المسؤولية التعاقدية. وإن آثر المشرع المصري - مع ذلك - إعمال قواعد ضمان العيوب الخفية، حتى على حالة تخلف صفة ضمنها البائع للمشتري في عقد البيع[٤١٧] وبذا يكون للمشتري الرجوع على البائع بالفسخ لعدم التنفيذ إعمالاً لقواعد المسؤولية التعاقدية، أو بالضمان، لفوات الوصف، ولكن لا يجوز له الجمع بين الدعويين[٤١٨].

- وعلى أية حال، فقد ورد نص المادة ٤٨٩ مدني كويتي صريحاً في إلزام البائع بالضمان، إذا كان بالمبيع، وقت البيع - عيب ينقص من قيمته، أو نفعه بحسب الغاية المقصودة منه، مستفادة مما هو مبين في العقد، أو مما هو ظاهر من طبيعة المبيع، أو الغرض الذي أعد له، بينما أفرد المشرع لفوات الوصف نصاً خاصاً، يكفل للمشتري بمقتضاه طلب فسخ البيع مع التعويض، أو استيفاء المبيع مع التعويض عن الضرر. ولا يقوم التزام البائع بالضمان على النحو السابق - إلا إذا توافرت شرائط معينة، بعضها يتعلق بالعيب **ذاته**، وبعضها يتعلق **بالبيع**[٤١٩] - على التفصيل الآتي:

الفرع الثاني
شروط التزام البائع بضمان العيوب الخفية

تقسيم:

٢٤٥ - قدمنا أن المشرع الكويتي، قد اشترط في العيب الذي يضمنه البائع، بعض الشروط. كما استبعد بنص المادة ٤٩٧ مدني، أحكام الضمان في بعض أنواع البيوع.

---

(٤١٧) المادة ٤٤٧/١ مدني مصري.

(٤١٨) من هذا الرأي - السنهوري - جـ٤/ ص٧٦٦، سليمان مرقس/ ص٤٣٥.

(٤١٩) محمد علي عمران، الوجيز في عقدي البيع والتأمين - جـ٢ - ١٩٧٠ / ص١٤١.

- وسوف نتناول - بداية - شروط العيب الذي يضمنه البائع ثم البيوع التي لا تنطبق عليها أحكام الضمان.

أولاً - شروط العيب الذي يضمنه البائع:

٢٤٦ - لما كان التزام البائع بضمان كل عيب يظهر بالمبيع، عبئاً ثقيلاً، ليس من المعقول، أن يتحمله، فقد حصر المشرع الكويتي[(٤٢٠)] هذا الضمان في بعض العيوب، التي تتوافر فيها شروط معينة. أهمها أن يكون العيب مؤثراً وقديماً، وخفياً.

١ - أن يكون العيب مؤثراً[(٤٢١)]

٢٤٧ - وقد عبر المشرع الكويتي عن العيب المؤثر، بأنه العيب الذي ينقص من قيمة المبيع، أو من منفعته المقصودة. وفرق بين النقص في القيمة والنقص في المنفعة المقصودة. فالأول يقاس، على أساس قيمة المبيع في السوق. أما النقص في المنفعة، فيتحدد بالغرض الذي يهدف إليه المشتري من استخدام المبيع، بغض النظر عن قيمته في السوق - ويمكن التعرف على المنفعة بمراعاة أمر من أمور ثلاثة وردت بالمادة ٤٨٩ هي:

ما هو مبين في العقد، أو ما هو ظاهر من طبيعة المبيع، أو الغرض الذي أعد له.

- وبناء على ذلك إذا ورد بالعقد ذكر للمنفعة التي قصدها المشتري من الشيء المبيع، فيعتبر العيب مؤثراً، إذا كان يؤدي إلى فوات هذه المنفعة.

وهذا، هو المعيار الأول الذي يستعان به لتحديد المنافع المقصودة من المبيع فإذا اشترط المشتري في عقد بيع السيارة، قدرتها على السير في الطرق الوعرة، وتبين عكس ذلك، اعتبرت عيباً مؤثراً طالما أن البائع كفل للمشتري هذه الصفة في العقد. وكذا فإن ضمان البائع للمشتري إغلال العقار المبيع قدراً معيناً من الريع،

---

(٤٢٠) كنظيره المصري بالمادة ٤٤٧/١ مدني.

(٤٢١) تمييز ١٦/٧/١٩٨٦ - مجلة القضاء والقانون - مرجع سابق - ص١١٧ - رقم ٢٧.

وثبوت عكس ذلك - يعتبر عيباً مؤخراً[٤٢٢].

ويعتبر العيب مؤثراً - في الأمثلة المذكورة، حتى، ولو لم يترتب على تخلف الصفة نقص في قيمة المبيع، ولا نقص في منفعته، بحسب المألوف في المعاملات إنما أدى إلى نقص في منفعة المبيع بحسب ما اشترطه المشتري في العقد فيعتبر لذلك عيباً مؤثراً بهذا الوصف[٤٢٣].

- ولا يشترط، لاعتبار العيب مؤثراً، أن يحدد المشتري المنافع التي يقصدها من المبيع صراحة في العقد. بل يمكن أن يستنتج ذلك ضمناً. كما هو الحال في البيع بالعينة، حيث يجب أن يطابق المبيع العينة، وإلا اعتبر عيباً مؤثراً، يضمنه البائع.

كذا، لا يشترط، لاعتبار العيب مؤثراً، لفوات الوصف الوارد بالعقد، أن يكون العيب خفياً، أو غير معلوم للمشتري. ففوات الوصف صورة خاصة من صور العيب، وتختلف عن المعنى التقليدي للعيب، بمعنى الآفة الطارئة.

٢٤٨ - **أما المعيار الثاني،** لتحديد المنافع المقصودة من المبيع، فيرجع فيه إلى طبيعة الشيء. ومعنى ذلك أنه إذا لم يتيسر تحديد المنافع المقصودة من المبيع في العقد صراحة، أو ضمناً، فإنه يرجع في تحديدها لطبيعة الشيء المبيع. فطبيعة المبيع تملي الأغراض التي يمكن توخيها فيه. فإن وجد به عيب يؤثر على هذه الأغراض ضمنه البائع. فمن يشتري أرضاً صالحة للبناء كان الغرض هو السكن، ومن يشتري أرضاً زراعية، كان الغرض، زراعتها. ومن يشتري محلاً تجارياً، كان الغرض، هو التجارة، فإذا تبين في المثال الأخير أن المحل قد سحبت رخصته، أو ساءت سمعته، اعتبر - عند البعض -[٤٢٤] من قبيل العيوب المؤثرة الموجبة

---

(٤٢٢) نقض - ١٩٧٠/٣/١٩ - مجموعة أحكام النقض - ص٢١ - ص٤٧٥ - وتمييز ١٦/٧/ ١٩٨٧ سابق الإشارة.

(٤٢٣) وإن رأى البعض - منصور مصطفى منصور - مرجع سابق - ص٣١٥ - بأن هذا الفرض لا يدخل في نطاق ضمان العيب، بمعنى الآفة الطارئة على فطرة المبيع، ولا يعدو أن يكون تخلف شرط اشترطه المشتري في العقد. إلا أن المشرع آثر أن يعمل في شأنها أحكام ضمان العيوب الخفية.

(٤٢٤) من هذا، السنهوري - الوسيط - جـ٤ - مرجع سابق / ص٧٢٠ / بند ٣٦٥ - وكذا، توفيق فرج عقد البيع، والمقايضة - ١٩٧٠ - ص٤٢٢، وانظر، عبدالرسول عبدالرضا - رسالة - سالفة الذكر - ١٩٧٤ - ص١٥٣ - بند ٩٦.

للضمان. كذا فإن شراء حق شخصي «كحوالة مثلاً» مضموناً برهن، يقتضي أن يكون الرهن قد تم قيده، أو تجديد القيد، وأن يكون في مرتبة متقدمة.

٢٤٩ - **أما المعيار الأخير** الذي يستعان به لتحديد المنافع المقصودة، **فهو** الغرض الذي أعد لأجله المبيع. فالمساس بهذا الغرض، يعد عيباً موجباً للضمان، حتى وإن لم يؤثر على منافعه طبقاً لطبيعته. ففرق بين تخلف المنافع المقصودة، طبقاً لما أعد له الشيء، عن تلك التي تقتضيها طبيعة الشيء.

وعلى ذلك، فإن الغرض، من شراء الأرض الزراعية - طبقاً لطبيعة المبيع هو الزراعة فإذا كانت الأرض، معدة لزراعة الزهور، مثلاً وأقدم المشتري على إبرام العقد واضعاً في اعتباره هذه المكنة، فإن أي عيب يؤثر على ذلك، يضمنه البائع ولو لم يكن له تأثير على منافع الأرض، طبقاً لطبيعتها(٤٢٥).

١ - عدم ضمان ما يجري العرف على التسامح فيه:

٢٥٠ - إعمالاً، لنص المادة ٤٩٠ مدني لا يضمن البائع عيباً، جرى العرف على التسامح فيه(٤٢٦) وقد يجري العرف على التسامح في بعض العيوب إما لأنها يسيرة، أو أنها لا تخل بالغاية المقصودة بالشراء(٤٢٧) ومعنى ذلك أن المشرع يسوي - ضمناً - بين العيوب التي تنقص من قيمة المبيع أو نفعه نقصاً يسيراً، وتلك التي جرى العرف على التسامح فيها، ففي الحالتين، لا يلتزم البائع بالضمان.

- وعلى أية حال، فإن تقدير ما يعد عيباً مؤثراً، أو يسيراً، مسألة موضوعية يترك تقديرها، لمحكمة الموضوع، بدون رقابة من محكمة التمييز. وإن جرى العمل على أن العيب لا يعتبر مؤثراً، إن كان لا يمس عنصراً جوهرياً في المبيع - بالنسبة للمشتري. أو لا يلحق به أية أضرار. . أو حتى يسبب له ضرراً، يسيراً لا يذكر.

---

(٤٢٥) الأهواني، عن السنهوري / ص٦٧٢ / بند ٧٩٣ - وانظر، عبدالرسول عبدالرضا - مرجع سابق ص٦٨.

(٤٢٦) ومثال ذلك، على ماورد بالمذكرة الإيضاحية للنص، أن يجد المشتري في الحبوب المشتراة، كمية من الأتربة، جرى العرف على التسامح فيها.

(٤٢٧) وعند، النقض الفرنسية، إذا كانت الحواجز الفاصلة بين شقق المسكن غير عازلة للصوت - بدرجة كافية -لا يعتبر عيباً مؤثراً، بل يسيراً - نقض ١٩/١٠/١٩٦٥ - دالوز - ١٩٦٥ - قضاء - ص١٦١.

٢ - أن يكون العيب قديماً:

٢٥١ - والمقصود، بذلك، أن يكون العيب موجوداً بالمبيع، وقت أن يتسلمه المشتري من البائع(٤٢٨) فإن كان العيب موجوداً بالمبيع - وقت إبرام العقد غير مؤثر، لكنه انتشر، بعد ذلك، فأصبح مؤثراً بالمعنى الذي ذكرناه آنفاً - وقت تسلمه من البائع. اعتبر العيب قديماً، يضمنه البائع.

وبذا، فإن العيب القديم، لا يعني فقط العيب الموجود بالمبيع وقت تسلمه من البائع، بل يشمل كذلك، العيوب غير المؤثرة، التي تظهر بالمبيع وقت العقد وتظهر نتائجها المؤثرة عند تسليم المبيع. ويستثنى من ذلك، أن يكون استفحال العيب، أو الضرر يرجع إلى خطأ المشتري، كإهماله مثلاً المحافظة على المبيع، أو حفظه، أو تخزينه.

وعبء إثبات قدم العيب، أي وجود سببه وقت البيع، يقع على عاتق المشتري. ويجوز لهذا الأخير إثبات قدم العيب بكافة طرق الإثبات، باعتبار أن تعيب المبيع، واقعة مادية، يصح إقامة الدليل عليها بكافة الوسائل ويكون للبائع - مع ذلك - للتخلص من الضمان - إثبات أن العيب يرجع إلى خطأ المشتري، كسوء استعماله للمبيع، أو إهمال المحافظة عليه. كذا، يكون له إثبات أن العيب، وإن وجد بالمبيع، وقت البيع، إلا أنه غير مؤثر بالمعنى الذي أوضحناه آنفاً.

٣ - أن يكون العيب خفياً

٢٥٢ - طبقاً للمادة ٤٩١، لا يضمن البائع عيباً كان المشتري يعرفه وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه، لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية.

وعلى هذا، فإن العيب يكون خفياً، لا يضمنه البائع في الفرضين، الآتيين:
الأول - إذا كان المشتري يعرف العيب، وقت البيع، وأقدم على إبرام العقد رغم ذلك. فالمشتري في هذا الفرض، يكون قد قبل شراء المبيع بالحالة التي كان عليها،

---

(٤٢٨) في هذا المعنى، تمييز ١٦/٧/١٩٨٧ - مجلة القضاء، والقانون - مرجع سابق - ص١١٧ - رقم ٢٧ - وقارن الأهواني / ص٦٦٤ / بند ٧٨٣.

والتي يعلمها. وقد يحدث ذلك، تقديراً من المشتري بأن العيب لا أثر له على الانتفاع بالمبيع، أو أنه قد اشترى المبيع بثمن أقل واضعاً في اعتباره هذا العيب.

وقد استقر قضاء النقض(٤٢٩) والتمييز(٤٣٠) بأن العلم المسقط لدعوى ضمان العيب الخفي، هو العلم الحقيقي، دون العلم الافتراضي، ومن ثم فإن نشر مرسوم اعتماد وقوع العقا رالمبيع داخل خط التنظيم بالجريدة الرسمية لا يدل بذاته على علم المشتري بهذا العيب(٤٣٠م).

- ويقع على عاتق البائع عبء إثبات أن المشتري يعلم بالعيب وقت إبرام البيع. فالأصل هو حسن نية المشتري، وأنه لا يعلم بوجود عيب وعلى ما يدعي خلاف الأصل، إثباته. إنما يجوز للبائع إثبات علم المشتري بكافة طرق الإثبات، بوصفه واقعة مادية. ومن ذلك مثلاً، أن يكون المقابل الذي دفعه المشتري في المبيع منخفضاً، مما يدل على أنه اشتراه بعيوبه التي يعلمها. كذا، يعتبر المشتري عالم بالعيب. إذا ثبت أن البائع أعلمه به وقت إبرام العقد. إنما يشترط أن يتوافر علم المشتري بالعيب، وقت البيع. فإن كان لا يعلم بالعيب وقت البيع، فلا يتخلص البائع من التزامه بالضمان لمجرد إثبات أن المشتري علم بالعيب، في وقت لاحق لإبرام العقد.

ويلاحظ، أن العبرة، بعلم المشتري، بالعيب، وقت البيع، فلا يعتد بعلم البائع، أو بعدم علمه بالعيب. فهو ضامن في الحالتين. ومع ذلك، فإذا كان البائع، وقت البيع - لا يعلم بالعيب، اعتبر حسن النية، لا يلتزم إلا برد الثمن للمشتري فقط. أما إذا كان يعلم بالعيب وقت إبرام العقد. اعتبر سيىء النية. يلتزم - فضلاً عن رد ثمن المبيع، بتعويض المشتري عما لحقه من خسارة، وما فاته من كسب بسبب العيب. وبذا، فإن علم أو عدم علم المشتري لا شأن له في الالتزام بالضمان، وإن لعب دوراً مؤثراً في آثار الضامن أي جزاء الإخلال به.

---

(٤٢٩) نقض ١٩٦٢/٦/١٤ - مجموعة أحكام النقض - س١٣ - ص٨٠٨.
(٤٣٠) تمييز ١٩٨٦/٧/١٦ - مرجع سابق - ص١١٧ - رقم ٢٧.
(٤٣٠م) حكم سابق - هـ (٤٣٠).

الفرض الثاني:

٢٥٣ - كذا لا يعتبر العيب خفياً، يضمنه البائع، إذا كان بمقدور المشتري الكشف عنه، إذا فحص المبيع بما ينبغي من العناية. وبذا، يعتبر العيب خفياً ليس فقط لأن المشتري لا يعلم به وقت البيع. وإنما أيضاً، إذا كان من غير الممكن أن يعلمه، أو إذا كان من غير الممكن اكتشاف العيب بالفحص المعتاد الذي تعارف الناس على القيام به. بل كان يتطلب اكتشافه، خبرة خاصة وفحصاً معيناً. فإذا كانت محكمة الموضوع، قد انتهت إلى وجود عيب خفي في المبيع، هو وقوعه داخل خط التنظيم من قبل حصول البيع، وأن المشترين لم يتبينا، وجود هذا العيب عند التعاقد لأنه لا يمكن ظهوره بمجرد فحص المبيع ذاته، وأنهما لم يكن في استطاعتهما أن يتبيناه بأنفسهما وقت الشراء لو بذلا عناية الشخص المعتاد. . . فإن ما انتهت إليه المحكمة لا يخالف القانون[٤٣١].

- ويبين من الحكم السابق، أن المعيار الذي يجب أن يتم فحص المبيع وفقاً له في نظر محكمة النقض المصرية - معيار موضوعي، بمعنى أن يتم تقدير خفاء العيب أو ظهوره بالنظر إلى شخص عادي، بصرف النظر عن صفات المشتري الشخصية وهو التفسير، الذي ينبغي الأخذ به كذلك في نص المادة ٤٩١ من القانون المدني الكويتي، التي تستلزم أن يتم فحص المبيع بما ينبغي من العناية. وإذا كان الأصل أن تحديد العناية الكافية، يكون بالرجوع إلى معيار الشخص العادي، فإن العيب يكون ظاهراً، لا يضمنه البائع، إذا ثبت أن المشتري كان يستطيع أن يتبين العيب بنفسه، لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي. ويقع عبء الإثبات على البائع. فهو الذي يدعى خلاف الأصل - وهو أن المشتري لا يعلم بالعيب الخفي - وعليه لذلك إثبات ما يدعيه. وهو يتعلق بوقائع مادية يجوز فيها الإثبات بكل الطرق بما في ذلك البينة، والقرائن[٤٣٢].

---

(٤٣١) نقض ١٩٦٢/٦/١٤ - سابق الإشارة - مرجع سابق - ص٨٠٨.
(٤٣٢) نقض ١٩٦٦/١٠/٢٠ - المجموعة - س١٧ - ص١٥٥٢.

٢٥٤ - ومجمل ما تقدم إذن أن البائع لا يلتزم بضمان العيب الخفي، إذا ثبت أن المشتري كان يعلم به، أو كان من الممكن اكتشاف العيب بالفحص المعتاد الذي تعارف الناس على القيام به. ولذا، فقد جرى قضاء التمييز بأن العيب يعتبر خفياً، ويضمنه البائع، إذا كان لا يظهر من فحص المبيع الفحص العادي الذي تعارف الناس على القيام به عادة في مثل الظروف التي تم فيها البيع. وهو يختلف باختلاف المبيع. وينظر في اكتشاف العيب إلى ما إذا كان للشخص العادي أن يتبينه من فحصه المبيع بالوسائل العادية المألوفة، بصرف النظر عما إذا كان ذلك ممكناً للمشتري، أم لا، فالمعيار بالنسبة لمعرفة العيب معيار مجرد وليس معياراً شخصياً بتفاوت المستوى في الأنظار المختلفة(٤٣٣).

- وعلى أية حال، فإن تقدير ما إذا كان المشتري يعلم، أو كان من الممكن أن يعلم بالعيب، مسألة موضوعية، يترك تقديرها لمحكمة الموضوع.

استثناءات:

٢٥٥ - نص المشرع على حالتين يقوم فيها التزام البائع بالضمان، حتى، لو كان في استطاعة المشتري تبين العيب لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية - وهما:

أ - تأكيد البائع للمشتري خلو المبيع من العيب:

٢٥٦ - فهذا التأكيد يرقى إلى مرتبة الالتزام الذي يكفله البائع للمشتري، فيضمن لذلك، وجوده، وإلا اعتُبر مخلاً بالتزامه، فيظل ضامناً للعيب، حتى ولو كان يمكن للمشتري تبينه، بالفحص المعتاد للمبيع.

وإنما يجب، لقيام الضمان على عاتق البائع - في هذا الفرض - أن يرد التأكيد، في عبارات صريحة، محددة، بعدم وجود عيب، أو عيوب بالمبيع. فإذا ورد في عبارات عامة، غير محددة، تتضمن مجرد المبالغة في أوصاف المبيع، أو ذكر

(٤٣٣) تمييز ١٩٨٦/٣/٥ - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز - يونيه ١٩٩٦ - المجلد الأول - ص٧٦٩ رقم ٩ - تمييز ١٩٨٦/٧/١٦ - مرجع سابق ص٧٧٠ - رقم ٢٠.

مزاياه، فإنها لا ترقى إلى مرتبة الالتزام الذي يكفله البائع للمشتري، ويقع عبء إثبات التأكيد الصادر من البائع على عاتق المشتري.

- والخلاصة، أن البائع يظل ضامناً للعيب، ولو كان ظاهراً، إذا أثبت المشتري أن البائع، أكد له خلو العين المبيعة من العيب. ولذا حكم بأنه، متى كان الحكم المطعون فيه - قد استند في قضائه بفسخ البيع إلى وجود عيب خفي بالمبيع، أكد البائع في العقد خلوه منه مما يعد إخلالاً بالتزامه، بألا يكون المبيع محملاً بتكليف، أو مشوباً بعيب خفي - فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون[٤٣٤].

ب - تعمد البائع إخفاء العيب، غشاً منه:

٢٥٧ - إذا تعمد البائع، إخفاء العيب، فإنه يكون قد ارتكب غشاً، أي ارتكب خطأ، يستغرق خطأ المشتري الذي لم يكلف نفسه عناء فحص المبيع بالعناية الكافية، ويكون البائع ضامناً للمشتري هذا العيب.

ويشترط لقيام ضمان البائع في هذه الحالة، ثبوت تعمده إخفاء العيب بقصد الغش. وعلى ذلك، لا يكفي مجرد علم البائع بالعيب، طالما لم يقترن ذلك بعمل، أو سلوك يستهدف تضليل المشتري لإخفاء العيب[٤٣٥].

ثانياً - البيوع التي لا تنطبق عليها أحكام الضمان

٢٥٨ - استبعد المشرع الكويتي بنص صريح البيوع القضائية، والبيوع الإدارية، إذا تمت بالمزاد العلني - من الخضوع لأحكام الضمان م٤٩٧ مدني. فالبائع لا يضمن العيوب الخفية بالمبيع، حتى، ولو توافرت، جميع شروطه، (بأن كان مؤثراً، وقديماً، وخفياً) إذا كان البيع قد تم عن طريق القضاء، أو جهة الإدارة، بطريق المزاد العلني.

وتبرير ذلك، أن البيع بالمزاد، يعلن عنه، وبذا، تتاح الفرصة للمزايدين فحص المبيع، قبل الدخول في المزايدة. فيحسن، بعد أن اتخذت كل هذه

---

(٤٣٤) نقض ١٤/٦/١٩٦٢ - المجموعة - س١٣ - ص٨٠٨ - سابق الإشارة إليه، ونقض ٢٦/١/١٩٦٧ - المجموعة - س١٨ - ص٢٦٤.

(٤٣٥) قرب، الأهواني - مرجع سابق - ص٦٥٩ بند ٧٧٧.

الإجراءات ألا يفسخ البيع لسبب كان يمكن توقيه. فتعاد إجراءات طويلة، بمصروفات جديدة، يتحمل المدين عبئها[٤٣٦].

- ومن أمثلة البيوع القضائية التي تتم بالمزاد، ولا يضمن البائع، ما بها من عيوب خفية - بيع أموال القاصر، والمحجور عليه بالمزاد، وبيع أموال المدين تنفيذاً لحق الدائن.

ومن أمثلة البيوع الإدارية التي تتم بالمزاد، بيع مصلحة الضرائب، أموال المدين، استيفاء لحقها في الضريبة.

فلا يكفي لاستبعاد البيوع المذكورة من الخضوع لأحكام ضمان العيوب الخفية، أن يتم البيع بطريق المزاد فقط عن المظاريف المغلقة، بل يجب أن يكون البيع بطريق المزاد العلني - وفيما عدا، هذه البيوع، فإن كل عقد بيع ينشىء على عاتق البائع التزاماً بضمان العيوب الخفية سواء كان المبيع عقاراً، أو منقولاً وفي الحالة الأولى، لا يهم ما إذا كان المبيع مسجلاً، أو غير مسجل.

الفرع الثالث
أحكام الالتزام بضمان العيوب الخفية

٢٥٩ - إذا توافرت شرائط الضمان، وجب على المشتري المبادرة، بفحص المبيع وإخطار البائع بالعيب الموجود به. كذا عليه أن يرفع دعوى الضمان خلال سنة من وقت تسليم المبيع، وإلا سقط حقه في الضمان، خلال سنة من وقت تسليم المبيع، وإلا سقط حقه في الضمان، ولو لم يكشف العيب إلا بعد ذلك.

وسوف نعرض بداية لوجوب فحص المبيع، والمبادرة بإخطار البائع بالعيب وسقوط دعوى الضمان بمضي المدة - على النحو التالي.

(٤٣٦) على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية لنص م٤٥٤ مدني مصري المقابلة للمادة ٤٩٧ مدني كويتي - جـ٤ - ١٢٩ - ولم يرد مثل ذلك التبرير بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي - انظر ٣٨٥ - ربما لأن الحكمة من استبعاد هذه البيوع من أحكام الضمان معلومة فلا يتعين التذكير بها.

أولاً - المبادرة بفحص المبيع، وإخطار البائع بالعيب

٢٦٠ - أخذاً من نص م٤٩٢ مدني، فإن على المشتري، إذا تسلم المبيع، التحقق من حالته، بمجرد تمكنه من ذلك، وفقاً للمألوف في التعامل. هذا إذا كان العيب مما يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد. أما إذا كان العيب مما يحتاج في كشفه إلى خبرة فنية، فإنه يجب على المشتري بمجرد كشفه أن يخطر به البائع وإلا سقط حقه في الضمان، على ما سنرى حالاً - ويتحقق ذلك خصوصاً بالنسبة للمنتجات الحديثة، أو المعقدة، التي تستلزم بطبيعتها مدة معينة لفحصها أو كشف ما بها من عيوب.

وعلى ذلك، إذا كان العيب ظاهراً بالمبيع، أو يمكن للمشتري اكتشافه بمجرد الفحص المعتاد، ولم يقم المشتري بالفحص، أو قام به عرضاً، دون أن يبذل عناية الرجل المعتاد، أو قام بفحص المبيع، بعناية الرجل المعتاد، إنما بعد مرور المدة المعقولة على التسلم، سقط حقه في الضمان. وعلى عكس ذلك إذا كان العيب مما لا يمكن كشفه بالفحص المعتاد، فإن حق المشتري في الضمان لا يسقط بمرور المدة المعقولة على التسلم، وإنما تمتد المدة إلى حين اكتشاف العيب فعلاً، أياً كان الفاصل الزمني بين تسلم المبيع، واكتشاف العيب(٤٣٧). وعلى أية حال، فسواء كان العيب مما يمكن كشفه بالفحص المعتاد، أو مما لا يمكن كشفه بالفحص المعتاد، فيتعين على المشتري في الحالتين المبادرة إلى إخطار البائع بالعيب وإلا سقط حقه في الضمان. ولا يلزم توافر شكل خاص للإخطار، فقد يتم بإنذار المشتري للبائع، أو بخطاب مسجل، أو غير مسجل، وقد يكون شفوياً. ويقع على عاتق المشتري عبء إثبات الإخطار، وتاريخه(٤٣٨) أما رفع الدعوى بالضمان، فلا يغني عن الإخطار ذاته.

- فإذا لم يقع الإخطار في الوقت الملائم، اعتبر المبيع غير معيب، أو اعتبر المشتري راضياً بالعيب الذي وجده بالمبيع، وسقط حقه في الضمان. على أن تقدير هذه المسائل من قبيل الواقع الذي تستعمل به محكمة الموضوع(٤٣٩).

---

(٤٣٧) الأهواني / ص٦٧٧.

(٤٣٨) تمييز ١٩٨٦/٣/٥ - مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - ص٧٦٩ - رقم ١٩ - «والأخطار واقعة مادية».

(٤٣٩) تمييز ١٩٨٩/٤/٢٣ - مجلة القضاء والقانون - سابق - ص٣٤٣ - رقم ١٠٠.

ثانياً - سقوط دعوى الضمان:

٢٦١ - يسقط الحق في الضمان بمضي سنة من وقت تسلم المبيع، إذا لم يرفع المشتري دعوى الضمان على البائع، حتى، ولو لم يكن خلال هذه السنة، قد اكتشف العيب فعلاً.

والهدف، استقرار التعامل في عقد من أهم عقود المعاملات المالية، وحتى لا يكون البائع مهدداً أمداً يتعذر بعده التعرف على منشأ العيب[٤٤٠].

والمدة التي يبدأ بها سقوط حق المشتري بالضمان، تبدأ من تاريخ التسليم الفعلي للمبيع، فلا عبرة إذن بتاريخ اكتشاف العيب، ولا بتاريخ إبرام البيع.

استثناءات:

٢٦٢ - واستثناء من سقوط دعوى الضمان بالرغم من انقضاء مدة السنة، نصت المادة ٤٩٦ مدني - على أنه ليس للبائع أن يتمسك بالسقوط إذا ثبت، أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه. كذا، فإن دعوى الضمان لا تسقط بمضي سنة، إذا قبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول.

والحالة الأولى، تفترض أن البائع، تعمد عن غش، إخفاء العيب، فلا يجوز لذلك أن يستفيد من غشه الذي ترتب عليه تأخير اكتشاف العيب. ولما كانت مدة السنة، قد تقررت - كما قدمنا - حماية للبائع، فلا يبقى مهدداً أمداً طويلاً بدعوى الضمان، فلا يستحق، إذا تعمد إخفاء العيب، غشاً، هذه الحماية، وبذا، لا تسقط دعوى الضمان في هذه الحالة.

- وفي الحالة الثانية، لا تسقط دعوى الضمان، برغم مرور سنة من وقت التسليم الفعلي للمبيع، إذا قبل البائع الالتزام بالضمان مدة أطول. وتفسير ذلك أن أحكام الضمان العيب الخفي، ليست من النظام العام، وبذا يجوز للمتبايعين أن يتفقا على تعديلها. ويعتبر ضرباً من ضروب الاتفاق على تعديل أحكام الضمان قبول البائع الالتزام بالضمان لمدة أطول من المدة الواردة بالنص المذكور.

---

(٤٤٠) المذكرة الإيضاحية تعليقاً على نص م٤٩٦ مدني - ص٣٨٤.

المطلب الرابع
ضمان فوات الوصف

نص قانوني:

٢٦٣ - . . . نصت المادة ٤٩٨ من القانون المدني بأنه، إذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه. كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع مع التعويض، أو أن يستبقي المبيع مع طلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب عدم توافر هذه الصفات.

- وسوف نعرض - بداية - للمقصود بضمان فوات الوصف، ثم شروطه، وآثاره على النحو التالي:

أولاً - المقصود بضمان فوات الوصف:

٢٦٤ - الواقع أن المشرع الكويتي استحدث - بالنص المذكور، حكماً جديداً، لا مثيل له بالقانون المصري، بشأن الوصف المشروط في المبيع(٤٤١) فبينما يندمج ضمان البائع لمثل هذا الوصف بضمان العيوب الخفية للمبيع في القانون المصري، فإن المشرع الكويتي، أفرد لفوات الوصف، نصاً خاصاً، يلتزم البائع بمقتضاه بتسليم المبيع بالوصف المتفق عليه في العقد. فإن فات هذا الوصف، كان للمشتري أن يطلب الفسخ مع التعويض. أو أن يستبقي المبيع مع طلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب عدم توافر ما كفل البائع وجوده في المبيع من صفات.

- وكذا يكون للبائع - أخذاً من القواعد العامة - «أن يتوقى الفسخ إذا قدم مبيعاً تتوافر فيه الصفات المكفولة»(٤٤٢) ويفهم ذلك - خصوصاً - إذا علمنا بأن أساس ضمان الصفات المشروطة، هو العقد، وليس العيوب الخفية بالمبيع(٤٤٣).

---

(٤٤١) ولا مثيل له بقانون التجارة الحالي - المذكرة الإيضاحية، تعليقاً على نص المادة ٤٩٨ مدني - ص٣٨٥ - وإن عرضت له - مع اختلاف الحكم - مجلة الأحكام العدلية.

(٤٤٢) المذكرة الإيضاحية - الموضع السابق.

(٤٤٣) المذكرة الإيضاحية، تعليقاً على نص المادة ٤٩٨ مدني.

٢٦٥ - وبهذا النص، فإن نطاق العيوب الخفية، ينحصر في القانون الكويتي، **ليشمل الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة**(٤٤٤) أما عدم توافر صفة كفلها البائع للمشتري - فلا تعتبر عيباً خفياً، بقدر ما يعتبر إخلالاً بالتزام تعاقدي من جهة البائع. فمجرد عدم توافر هذه الصفة في المبيع وقت التسليم، موجب لضمان البائع، وذلك، أياً كانت أهمية هذ الصفة التي تخلفت.

أما في القانون المصري، فإن تخلف الصفة، يندمج في ضمان العيوب الخفية، وتجري عليها أحكامه، خصوصاً، فيما يتعلق بأحكام الضمان. وبذا يتسع نطاق العيوب الخفية، ليشمل، ليس فقط، الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة وإنما كذلك، تخلف صفة في المبيع كفلها البائع للمشتري وقت البيع.

- وإذا كان المشرع الكويتي، قد فصل بين قوات الوصف، وضمان العيوب الخفية ولم يفصل بينهما المشرع المصري. فيرتب على ذلك نتيجة مؤداها إنه - في حال عدم وجود نص على حكم يتعلق بضمان فوات الوصف، لا يرجع في شأنه إلى ضمان العيوب الخفية في القانون الكويتي، بل إلى القواعد العامة - ومن ذلك مثلاً، مكنة المشتري توقي فسخ البيع إذا قدم مبيعاً، تتوافر له الصفات المكفولة، بينما يرجع في شأن تخلف الصفة المشروطة في القانون المصري إلى ضمان العيوب الخفية.

ثانياً - شروط الالتزام بضمان الوصف:

٢٦٦ - إذا كان المشرع الكويتي، قد فصل بين ضمان العيوب الخفية، وضمان الوصف وجمع المشرع المصري بينهما. فإن شروط ضمان البائع لفوات الوصف تختلف في القانونين، عن شروط ضمان العيوب الخفية. وآية ذلك، أنه لا يشترط لقيام التزام البائع بضمان الوصف أن يكون مؤثراً، ولا يلزم أن يكون المشتري جاهلاً بتخلف الصفة، وأخيراً، لا يعتد إلا بتخلف الوصف وقت التسليم. ونفصل ذلك، كالتالي:

(٤٤٤) على ما ذهبت إليه، النقض المصرية - وأضحى - فيما علمنا - الاتجاه السائد للتمييز الكويتية - انظر الأحكام المشار إليها بالحاشية ٤١٤.

١ - لا يشترط أن يكون فوات الوصف مؤثراً:

٢٦٧ - فإن كان البائع لا يضمن العيب الخفي، ما لم يكن مؤثراً، ينقص من قيمة المبيع أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه - كما قدمنا - فإنه يضمن فوات الصفة، وإن لم يكن مؤثراً. والاختلاف بينهما يستمد جذوره من الأساس الذي يقوم عليه ضمان فوات الوصف، وهو الاتفاق على أن يكون المبيع متضمناً صفات معينة، وتخلفها، يولد الضمان بالضرورة، بقطع النظر عما إذا كان تخلف الصفة، مؤثراً، أو يسيراً. فالاتفاق عليها، قاطع من كونها مؤثرة.

- ولذا، فقد تواتر قضاء النقض المصرية، بأن المشرع، وإن كان قد ألحق حالة تخلف الصفة التي كفلها البائع بالعيب الخفي، وأجرى عليها أحكامه إلا أنه لم يشترط في حالة تخلف الصفة، مااشترطه في العيب الذي يضمنه البائع، من وجوب كونه مؤثرا.. إذ جعل مجرد عدم توافر الصفة في المبيع وقت التسليم موجباً لضمان البائع، متى قام المشتري بإخطاره...[٤٤٥] وهو ذات الحكم المقرر بالمادة ٤٩٨ بالقانون المدني الكويتي.

أن مجرد وجود الآفة الطارئة بالمبيع لا يؤدي إلى أعمال ضمان العيوب الخفية ما لم تكن الآفة مؤثرة، إما في قيمة المبيع، أو نفعه، أما تخلف الوصف المشروط في البيع، فيؤدي إلى إعمال ضمان فوات الوصف - بذاته، دون الحاجة إلى النظر فيما إذا كان الوصف مؤثراً، أو يسيراً.

فالنص عليه في العقد يقطع - بكونه مؤثراً بالضرورة[٤٤٦].

٢ - لا يشترط أن يكون المشتري جاهلاً بتخلف الصفة:

٢٦٨ - وهو شرط بدهي، ذلك أن مجرد اشتراط الوصف، يفيد بالضرورة

---

(٤٤٥) مثلاً، نقض ٢٣/٤/١٩٧٠ - أحكام النقض س٢١ - ص٦٩٧ - نقض ١٥/٥/١٩٦٩ أحكام النقض س٢٠ - ص٧٩٦ - نقض ٢٨/١٠/١٩٧٥ - أحكام النقض - س٢٦ - ص١٣٤٥ - ولا يشترط الإخطار - في القانون الكويتي.

(٤٤٦) نقض ٢٨/١٠/١٩٧٥ - أحكام النقض س٢٦ - ص١٣٤٥.

أن المشتري، لا يعلم بتخلفه، ولا يفيد البائع شيئاً إثبات عكس ذلك، فالالتزام بضمان الوصف، ينشأ عن تخلف الوصف ذاته، وسواء كان المشتري يعلم بتخلفه وقت البيع، أو لا يعلم، وسواء كان بإمكانه، أن يتبين فوات الوصف أو لم يكن باستطاعته ذلك. ففوات الوصف شرط عقدي، يضمن البائع توافره للمشتري لمجرد النص عليه بالعقد. فإن تخلف، التزم بالضمان، حتى، ولو كان تخلفه ظاهراً وقت العقد. وذلك بعكس ضمان العيب الخفي.

وتبعاً لذلك. قضي بأن مجرد عدم توافر الصفة في المبيع، وقت التسليم موجباً لضمان البائع، متى قام المشتري بإخطاره، سواء كان المشتري يعلم بتخلفها وقت البيع، أو لا يعلم. وسواء كان يستطيع أن يتبين فواتها، أو لا يستطيع(٤٤٧).

- وأكدت محكمة النقض - بأن حكم الاستئناف، مخالف للقانون، حيث اعتبر أن عدم توافر صفة في المبيع، يشترط فيه ليوجب مسؤولية البائعة، أن يكون خفياً(٤٤٨).

٣ - يجب أن يتخلف الوصف وقت التسليم:

٢٦٩ - ومعنى ذلك، أن فوات الوصف، يعتد به وقت التسليم، لا وقت العقد.

وعلى ذلك، إذا توافرت، صفة ما في المبيع وقت العقد، وتخلفت وقت التسليم التزم البائع بالضمان. فهو يضمن «ما يحدث من تغيرات في الصفة في الفترة مابين البيع، والتسليم. ولذا، فقد تواترت - قضاء النقض(٤٤٩) بأن مجرد

---

(٤٤٧) نقض ٢٣/٤/١٩٧٠ - أحكام النقض س٢١ - ص٦٩٧ - ونقض ١٩/٣/١٩٧٠ - القانون الكويتي. الذي غاير بينها، وبين ضمان العيوب الخفية. بعكس المشرع المصري، الذي أدمج بينهما.

(٤٤٨) نقض ١٩/٣/١٩٧٠ - مرجع سابق - موضع سابق.

(٤٤٩) مثلاً ٢٨/١٠/١٩٧٥ - أحكام النقض - س٢٦ - ص١٣٤٥.

عدم توافر الصفة في المبيع، موجب لضمان البائع - وكما يرى البعض[٤٥٠] بحق فإن الاعتداد بتخلف الصفة وقت التسليم، نتيجة لازمة لاعتبار الصفة من قبيل شروط العقد». فالشرط يوضع في العقد عند إبرامه حتى يتم التسليم في ضوء هذا الشرط وبمراعاته.

ثالثاً - آثار فوات الوصف:

٢٧٠ - إعمالاً للحكم الوارد بالمادة ٤٩٨ من القانون المدني، فإن البائع يلتزم بتسليم المبيع بالوصف المتفق عليه في العقد. فإن فات هذا الوصف، كان للمشتري أن يطلب الفسخ، مع التعويض، أو أن يستبقي المبيع، مع طلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب عدم توافر ما كفل البائع وجوده بالمبيع من صفات.

كذا، يكون للبائع - إعمالاً للقواعد العامة - توقي الفسخ، إذا قدم مبيعاً تتوافر فيه الصفات المكفولة.

ومع ذلك، فقد غاير المشرع - بين آثار فوات الوصف، وآثار ضمان العيوب الخفية. ففي الأخيرة، تتحدد حقوق المشتري، بصفة خاصة بحسب جسامة العيب فإن كان العيب جسيماً، كان المشتري بالخيار - كما قدمنا - بين الفسخ، أو إبقاء المبيع، مع التعويض عما أصابه - بسبب العيب من خسارة، وما فاته من كسب - فإن لم يكن العيب جسيماً، لا يكون للمشتري إلا طلب التعويض[٤٥١] - أما في ضمان فوات الوصف، لا محل للنظر فيما إذا كان الوصف مؤثراً، أو غير مؤثر - فيتحدد الجزاء، باعتبار تخلف الصفة، إخلالاً بالتزام تعاقدي. وبذا، يكون للمشتري بداية طلب القيد العيني إذا كان ممكناً.

---

(٤٥٠) الأهواني/ ص٧٣٢/ بند ٨٥١ - ومنصور، عقدي البيع والإيجار / ص٢١٧ - فيما ذكره الأهواني - موضع سابق / الحاشية رقم ١٠٩١.

(٤٥١) كذا يكون للمشتري - أخذاً من القواعد العامة للتنفيذ العيني - طلب اصلاح المبيع، أو استبداله بآخر سليم. البدراوي/ ص٥٢٧. الأهواني/ ص٦٩٦/ بند ٨١٧.

وإلا، جاز له طلب الفسخ مع التعويض، عما فاته من كسب، وما لحقه من خسارة، بسبب تخلف الصفة المشروطة بالمبيع. كذا، يكون للمشتري، بدلاً عن طلب الفسخ، استبقاء العقد، مع التعويض، عما لحقه من ضرر بسبب فوات الوصف.

- وتسقط دعوى فوات الوصف - طبقاً للقواعد العامة - بعكس دعوى ضمان العيوب الخفية التي تسقط بانقضاء سنة من وقف التسليم - م٤٩٦ مدني. باعتبار أن تخلف الوصف، إخلال بالتزام تعاقدي - يخضع للقواعد العامة في المسؤولية التعاقدية.

- ويبقى أن نوضح بأن المشرع الكويتي قد نص على جواز ضمان، البائع لصلاحية المبيع للعمل مدة معلومة - وفي هذه الحالة، إذا ظهر خلل للمبيع خلال المدة المحددة، وجب على البائع إصلاحه، إذا أخطر المشتري بهذا الخلل في مدةشهر من ظهوره، وإلا كان للمشتري طلب الفسخ مع التعويض. أو استبقاء المبيع، وطلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب الخلل وفي الحالتين يجب رفع الدعوى في مدة ستة أشهر من تاريخ إخطار البائع ما لم يتفق على غير ذلك - م٤٩٩ مدني.

المبحث الثاني
التزامات المشتري

تمهيد، وتقسيم:

٢٧١ - قدمنا بأن عقد البيع عقد ملزم للجانبين، يلتزم فيه البائع بنقل الملكية، وتسليم المبيع، وضمان التعرض، والاستحقاق، والعيوب الخفية، ويلتزم المشتري - مقابل ذلك - بالوفاء بالثمن، وبمصروفات البيع - وكذا الالتزام بتسلم المبيع.

- ولا تقتصر التزامات المشتري على ذلك، وإنما تشمل أي التزام آخر، ينص عليه في العقد - ومن ذلك - مثلاً التزامه بالبناء خلال فترة معينة أو باتباع أسلوب معين للبناء وغير ذلك.

وسوف نعرض للالتزام بدفع الثمن - ثم الالتزام بمصروفات البيع - وأخيراً، التزام المشتري بتسلم المبيع على النحو الآتي:

المطلب الأول
التزام المشتري بدفع الثمن(٤٥٢)

٢٧٢ - لا شك، أن الالتزام بدفع الثمن، هو الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتق المشتري ولذا، فقد ربط المشرع بينه، وبين التزام البائع بتسليم المبيع(٤٥٣).

- ونتناول فيما يلي محل الالتزام، وزمان الوفاء بالثمن، ومكانه، وأخيراً، الجزاء المترتب على الإخلال بالالتزام بدفع الثمن.

الفرع الأول - محل الالتزام:

٢٧٣ - يلتزم المشرع بدفع الثمن المتفق عليه، وفوائده، إن كان البيع تجارياً - كما عرض المشرع، لزمان الوفاء بالثمن، ومكانه، وحق المشتري في حبس الثمن، وحق البائع في حبس المبيع - كما بين جزاء الإخلال بالالتزام بدفع الثمن - ونتناول - بداية الثمن - ثم فوائده، وأحكامه، وأخيراً جزاء الإخلال به على النحو الآتي:

أولاً - الثمن:

٢٧٤ - يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه في العقد. أي سواء كان الثمن معجلاً، أو مؤجلاً. فتأجيل الوفاء بالثمن، لا يعني بطلان البيع كما قدمنا - وإنما ينعقد البيع صحيحاً، ويظل المشتري ملتزماً بدفع الثمن، في الميعاد وبالكيفية المتفق عليها بين الطرفين باعتبار أن عقد البيع قد استوفى ركن الثمن(٤٥٤).

---

(٤٥٢) لن نعرض بطبيعة الحال للثمن، كركن في البيع، لا ينعقد العقد بدونه - بل سنعرض للثمن - بوصفه التزاماً يقع على عاتق المشتري - وانظر سابقاً - بند ١٠٤ وبعدة.

(٤٥٣) نقض ١٩٨٦/١١/٢٧ - شعلة - ص٣٢٨ - رقم (١).

(٤٥٤) مثلاً - نقض ١٩٦٩/١٢/٢ - أحكام النقض - س٢٠ - ص١٢٤٨.

- كما يلتزم المشتري، بنفقات تسليم الثمن للبائع، أخذاً من القواعد العامة التي توجب أن تكون نفقات الوفاء على المدين «المشتري» ما لم يوجد، نص، أو اتفاق بغير ذلك.

وتطبيقاً لذلك، تكون نفقات إرسال الثمن بالبريد، «في البيوع التي تتم بالمراسلة» مثلاً على المشتري. وكذا نفقات الثمن المرسلة عن طريق أحد البنوك يتحملها المشتري.

- ولا يرتبط دفع الثمن، بميعاد تسليم المبيع بحيث أنه إذا اتفق على ميعاد للوفاء بالثمن، ولم يتفق على ميعاد للتسليم. التزم المشتري بأن يدفع الثمن في الوقت المتفق عليه، بينما يتم التسليم، كقاعدة عامة بمجرد البيع.

وقد يندمج الالتزام بالتسليم، بالتزام المشتري بدفع الثمن، في حالة الاتفاق على ميعاد التسليم، وعدم الاتفاق على ميعاد دفع الثمن.

ومهما كان الأمر، فإن ميعاد تحديد الثمن، يعني التزام المشتري به في هذا الميعاد. كما يجوز للبائع - كما سنرى - إجبار المشتري على الوفاء به.

إنما لا يجوز الوفاء بغير النقود المتداولة قانوناً، أو بعملة أجنبية إذا اتفق على ذلك. (م١٧٤ مدني). ولا يكون لتغير قيمة النقود ارتفاعاً، وانخفاضاً، أي أثر، كما لا يجوز الاتفاق على مخالفة هذا المبدأ أخذاً من نص المادة ١٧٣ من القانون المدني التي تضمنت، حكماً، آمراً، كونه يتعلق بالنظام العام، حرصاً من المشرع «على دفع أية مظنة في أمر يمس بالثقة في النقد التي هي من صميم النظام العام في الدولة»[٤٥٥].

- والغالب عملاً، أن يتم الوفاء بالنقود. وبذا لا يجبر البائع على قبول شيك أو ورقة تجارية أخرى - وفاء للثمن. وفي حال قبول الشيك، فإن ذمة المشتري لا تبرأ، إلا بصرف البائع قيمة الشيك[٤٥٦].

---

(٤٥٥) المذكرة الإيضاحية تعليقاً على نص م١٧٣ - ص١٦٥.
(٤٥٦) الأهواني/ ص٧٤٩ / بند ٨٦٨.

- كذا، يمكن أن يتم الوفاء بالثمن، بطريق الإيداع. ويتعين لاعتبار الإيداع مبرئاً لذمة المشتري ألا يكون الصرف، معلقاً على شرط لا يحق للمودع فرضه، إما لنزوله عن حقه فيه، بعد ثبوته له، أو لأن العقد يتضمن شرطاً يمنعه من استعماله[٤٥٧].

ثانياً - فوائد الثمن في البيوع التجارية:

٢٧٥ - رأينا أن المشرع، قد توسع في العقود التجارية، على حساب العقود المدنية فنص على سريان قانون التجارة على الأعمال التجارية المختلطة. وحظر المشرع الفائدة في البيوع المدنية، بينما أجازها في البيوع التجارية. وجدير بالملاحظة أن الفوائد التي تستحق عن الثمن، لا تخرج عن كونها فوائد تعويضية، أو فوائد تأخيرية.

- ويقصد بالفوائد التعويضية، مبلغ إضافي يلتزم به المشتري مقابل الأجل المتفق عليه للسداد. فالمدين يدفع هذا المبلغ الإضافي، نظير تمتعه بأجل السداد أي بعدم دفع الجزء المتبقي من الثمن، طوال الأجل المتفق عليه.

والواقع، أن المشرع لم يورد نصاً، يتعلق بالفوائد التعويضية في البيوع التجارية - وإن أجاز مع ذلك في عقد القرض للدائن، اقتضاء فائدة تعويضية ما لم يتفق على غير ذلك. وبذا يثور التساؤل عن معنى سكوت المشرع عن الفائدة التعويضية في البيع التجاري، والنص على جوازها في القرض التجاري؟ وبمعنى آخر، هل يعتبر الحكم الوارد، بالنسبة للقرض التجاري، حكماً عاماً يتضمن إباحة الفوائد التعويضية، بصفة عامة، أي حتى، ولو لم يكن العقد قرضاً تجارياً؟[٤٥٨]. أو على العكس، فلا ينطبق النص سوى على عقد القرض؟

- الواقع أن الأصل في القانون التجاري هو إباحة فوائد التأخير ويقاس على ذلك الفوائد التعويضية، لاتحاد الحكم بينهما: فالأولى تستحق مقابل الأجل اللاحق الذي حصل عليه المدين فعلاً أي عند تأخر المشتري عن الوفاء بالثمن. بينما الثانية تستحق عن الأجل السابق على ميعاد الوفاء بالثمن.

---

(٤٥٧) نقض ٢٢/٣/١٩٨٨ - شعلة / ص٣٢٧ / رقم ٦.
(٤٥٨) في وضع المشكلة - الأهواني/ ص٧٥٣/ بند ٨٧٤.

والحكمة من الفائدة في القرض التجاري، لا تختلف عنها في البيع التجاري. ففي الأولى يلتزم المقترض بالفائدة مقابل الانتفاع بالقرض. وفي الثانية يلتزم المشتري بالفائدة مقابل الانتفاع بالمبيع خلال فترة الأجل.

وعلى ذلك، إذا لم يعين سعر الفائدة في عقد البيع، كانت الفائدة المستحقة هي الفائدة القانونية أي لا تزيد عن ٧٪ وذلك قياساً على فائدة القرض التجاري.

٢٧٦ - أما فوائد التأخير فهي - كما قدمنا - لا تستحق إلا إذا تأخر المشتري عن الوفاء بالثمن. والأصل أن الفوائد التأخيرية، التي تستحق عن الأجل اللاحق، كالفوائد التعويضية التي تستحق عن الأجل السابق على ميعاد الوفاء، اتفاقية. ويتحدد سعر الفائدة التأخيرية بحيث لا يزيد عن الأسعار المعلنة من البنك المركزي. فإذا اتفق على سعر يتجاوز الأسعار المحددة من البنك المركزي، وجب تخفيض السعر إلى السعر المعلن من البنك المركزي من تاريخ الاتفاق. وليس من تاريخ استحقاق الفوائد التأخيرية بحلول الأجل. كما يلتزم البائع - أخذاً من نص المادة ١١١ - من قانون التجارة، برد ما قبضه زائداً عن السعر المعلن من البنك المركزي، من تاريخ الاتفاق.

- وفي كل الحالات، لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير، أن يكون البائع قد أصيب بضرر جراء تأخر المشتري عن الوفاء بالثمن في الميعاد المتفق عليه فالفائدة، بمثابة تعويض اتفاقي عن التأخير في ذاته. ولا شأن لها، بالضرر الذي يمس الدائن عن التأخير في الوفاء بالثمن، بل يجوز للدائن - إذا أثبت بأن تأخر المشتري عن الوفاء في الميعاد المحدد، قد أصابه بضرر، يجاوز نسبة الفائدة، أن يستحق تعويضاً إضافياً، يضاف إلى التعويض الاتفاقي «فوائد التأخير»[٤٥٩].

ثالثاً - أحكام الوفاء بالثمن:

٢٧٧ - نص المشرع على أحكام الوفاء بالثمن، بنصوص، يتعلق بعضها بميعاد الوفاء به، ومكان الوفاء، وحق المشتري في حبس الثمن في حالات ثلاث ورد النص عليها تفصيلاً - ونعرض لهذه المسائل فيما يلي:

---

(٤٥٩) قرب الأهواني ص٧٥٥/ بند ٨٧٥.

١ - زمان الوفاء بالثمن:

٢٧٨ - الأصل، أن الثمن يكون مستحق الأداء فور تمام البيع. ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك - م٥٠٠/ ١ من القانون المدني.

وقد جعل المشرع الكويتي الثمن مستحق الوفاء بمجرد تمام البيع، «حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة في آن واحد. أما المشرع المصري، فقد ربط الوفاء بالثمن في الوقت الذي يسلم فيه المبيع - م٤٥٧/ ١ مدني. وليس ثمة اختلاف بين النصين إذا كان وقت التسليم، هو نفسه وقت الوفاء بالثمن. على أن الاختلاف يظهر جلياً، إذا تأجل التسليم إلى ما بعد إبرام العقد. ففي القانون المصري، الذي ربط بين التسليم، والوفاء بالثمن، يؤجل الوفاء إلى وقت التسليم. حين لا يكون لتأجيل ميعاد التسليم الذي يتراخى عن موعد إبرام العقد أي أثر في القانون الكويتي على استحقاق الثمن، فور تمام البيع.

٢٧٩ - وبحمل النص الوارد بالماد،ة ٥٠٠ مدني سالفة الذكر على نص المادة ٤١٠ مدني التي تقضي بوجوب تمام الوفاء بالدين بمجرد ترتب الالتزام في ذمة المدين - فإن النص الأول، لا يعدو أن يكون تطبيقاً لقاعدة عامة تقضي بوجوب الوفاء بمجرد ترتب الالتزام في ذمة المدين[٤٦٠]. على أن هذه القاعدة، ليست مطلقة فقد يوجد اتفاق بإضافة الالتزام إلى أجل، فيصير أداؤه معلقاً على أجل واقف، كما قد ينص القانون رعاية لمصلحة يقدرها على تحديد أجل للوفاء بالالتزام[٤٦١] ولعل هذا، ما قصده المشرع، بالنص في المادة ٥٠٠/ ١ من القانون المدني، بجواز، تحديد زمان الوفاء بالثمن اتفاقاً. أو عرفاً. على أنه إذا وجد الاتفاق على تحديد زمان الوفاء بالثمن، وكيفيته، فلا محل للرجوع إلى العرف لمعرفة ميعاد دفع الثمن، والطريقة التي يدفع بها[٤٦٢]. فالاتفاق مقدم على العرف.

وعلى ذلك، فالأصل هو استحقاق الثمن، فور إبرام العقد. فإن وجد،

(٤٦٠) قرب الأهواني/ ص٧٥٧/ بند ٨٧٦.

(٤٦١) وكذا، الأجل القضائي «نظرة الميسرة» إذا توافرت شرائطها - الوارد بنص المادة ٤١٠.

(٤٦٢) نقض ٣/ ٥/ ١٩٦٢ - أحكام النقض س١٣ - س٥٧١ رقم ٨٦.

اتفاق على غير ذلك، وجب إعماله، فإن لم يوجد، يرجع إلى العرف، في تحديد زمان الوفاء بالثمن. ويقصد بالعرف في النص السابق، ما جرى عليه العمل، خصوصاً في البيوع التجارية، حيث تختلف طريقة الوفاء بالثمن، وميعاد استحقاقه، بحسب طبيعة المبيع، وموعد تسليمه، وغير ذلك.

- وأياً ما كانت طريقة تحديد ميعاد دفع الثمن. فإن المشتري يلتزم بالوفاء به، وإلا جاز للبائع أن يتقاضاه جبراً، أي بطريق التنفيذ العيني للالتزام كأصل عام. وقد استثنى المشرع من ذلك حالات عدة، يمتنع فيها المشتري عن الوفاء بالثمن، ولا يمكن إجباره على الوفاء. وهو ما يسمى بحق المشتري في حبس الثمن.

٢ - حق المشتري في حبس الثمن:

٢٨٠ - أخذاً، مما تضمنه نص المادة ٥٠٠ في فقرتها الثانية، إذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق على البيع، أو آيل من البائع، أو نتيجة لفعله، أو إذا خيف لأسباب جدية أن يستحق المبيع، جاز للمشتري، ما لم يمنعه شرط في العقد، أن يحبس الثمن حتى نتهي التعرض، أو يزول خطر الاستحقاق - وكذا، تنطبق الأحكام السابقة إذا وجد عيب في المبيع[٤٦٣].

- ومع ذلك يجوز للبائع، طلب استيفاء الثمن، إذا قدم للمشتري كفالة شخصية، أو عينية تضمن له ما عسى أن يتعرض له من خطر.

- والحكم الوارد بالنص السابق، يتضمن قاعدة مكملة، فيجوز الاتفاق على ما يخالف أحكامها[٤٦٤] أي على عدم حبس الثمن لكل، أو بعض الأسباب السابقة.

- ونخلص مما تقدم، أن ثمة حالات ثلاث، يجوز فيها للمشتري الامتناع عن الوفاء بالثمن. الأولى إذا وقع لم تعرض للمبيع - أو وجدت لديه أسباب جدية تجعله يخشى وقوع هذا التعرض - أو إذا وجد بالمبيع عيباً خفياً، يوجب الضمان - ونفصل ذلك على النحو الآتي:

---

(٤٦٣) والنص مأخوذ عن المادة ٤٠٣ من قانون التجارة الكويتي، والمادة ٤٥٧ من القانون المصري - وقرب، نص المادة ١٦٥٣ مدني فرنسي.

(٤٦٤) المذكرة الإيضاحية تعليقاً على نص م٥٠٠ مدني - ص٣٨٦.

أ - إذا وقع للمشتري تعرض للمبيع:

٢٨١ - والمقصود هو التعرض القانوني الصادر من الغير، ويضمنه البائع، لتوافر شروط الضمان، وكذا التعرض الصادر من البائع مطلقاً، أي سواء كان تعرضاً قانونياً، أو مادياً[٤٦٥] وفي هذا الفرض، فإن المشتري يصبح دائناً للبائع في دعوى ضمان التعرض، والاستحقاق. ويجوز له - تبعاً لذلك - أن يتمسك بعدم تنفيذ التزامه بدفع الثمن. ولا يغير من ذلك أن يكون أجل استحقاقه قد حل فعلاً بل إن الحق في الحبس لا يقوم إلا إذا كان المقابل المراد الحبس من أجله حالاً[٤٦٦].

- مجمل القول إذن، أنه يكون للمشتري حق حبس الثمن، حتى يمنع التعرض من جانب البائع في حيازته للمبيع، والانتفاع به، سواء كان التعرض مادياً، أو قانونياً. فهذا الالتزام المستمر يقابله التزام المشتري بأداء الثمن[٤٦٧].

- فإن كان التعرض من الغير، امتنع على المشتري حبس الثمن ما لم يكن التعرض مبنياً على حق قانوني، موجود وقت إبرام عقد البيع، لأنه إن كان لاحقاً على البيع وجب أن يكون البائع هو مصدره[٤٦٨].

ب - وجود أسباب جدية لاحتمال التعرض:

٢٨٢ - فلا يقتصر حق المشتري في حبس الثمن على وقوع التعرض فعلاً، كما قدمنا - بل يمتد كذلك، إذا قامت لدى المشتري أسباب جدية، يخشى وقوع تعرض في المبيع. وفي هذا الفرض، تغل يد المشتري عن الرجوع على البائع بدعوى ضمان التعرض، التي يشترط فيها كما أسلفنا وقوع التعرض فعلاً.

وإنما يجوز له - حبس الثمن إلى أن تزول الأسباب الجدية للتعرض المحتمل.

- وتقدير جدية السبب الذي يولد الخشية في نفس المشتري، ويخوله الحق

---

(٤٦٥) تأكيداً لذلك، نقض ١٧/١٢/١٩٥٩ - أحكام النقض س١٠ - ص٨١٠.

(٤٦٦) نقض ٢٨/٥/١٩٨٠ - أحكام النقض س٣١ - ص١٥٦٦.

(٤٦٧) نقض سابق - أحكام النقض س١٠ - ص٨١٠.

(٤٦٨) نقض ٤/٥/١٩٨١ - أحكام النقض - س٣٢ - ص١٣٦٦ - وشعلة - ص٣٦٦ - رقم ٢٢.

في حبس الثمن من الأمور التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، ولا رقابة عليه في ذلك ما دام أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفي لحمله[٤٦٩] وقضى - تبعاً لذلك - بأن مجرد احتمال وجود تسجيلات على العين المبيعة لا يخول المشتري حق حبس الثمن حتى يتحقق من خلوها من التسجيلات، وبخاصة بعد أن يكون قد تسلم المبيع - فإن القانون إذا رسم الطريق لحماية حقوق المشتري من الخطر الجدي الظاهر الذي يهددها قد ألزمه بدفع الثمن[٤٧٠] وكذا، فإن دعوى الشفعة، لا تعتبر تهديداً لحق المشتري المشفوع منه لأن حقه في استرداد ما دفعه من الثمن إلى البائع له مضمون قبل الشفيع مما لا يجيز له حبس الثمن[٤٧١] إلا أنها تعتبر سبباً جدياً يخشى معه المشتري الثاني للعقار الذي لم يختصم في دعوى الشفعة، من نزع ملكية منه، وبذا تخوله حبس الثمن حتى يفصل في دعوى الشفعة.

- كذا، يعتبر سبباً جدياً يخشى معه وقوع التعرض، أن يكون على العين المبيعة حقاً عينياً كرهن، أو امتياز[٤٧٢] أو يكون البائع نفسه، لم يسدد الثمن كله أو جزء منه، بما يهدد المشتري بدعوى الفسخ.

جـ - وجود عيب بالمبيع موجب للضمان:

٢٨٣ - وأخيراً، يجوز للمشتري حبس الثمن، إذا اكتشف عيباً بالمبيع يوجب الضمان على البائع، بأن كان قديماً، وخفياً، ومؤثراً على الوجه السابق دراسته[٤٧٣].

- ويجوز للمشتري - حال اكتشافه عيباً خفياً بالمبيع، حبس الثمن، ولا يغير

---

(٤٦٩) نقض ١٩٨٧/١/٢٠ - شعلة - ص٣٣٧ - رقم ٢٦ - ونقض ١٩٨٢/١١/٨ - أحكام النقض س٣٣ - ص٩٣٤ - نقض ١٩٨٠/١٢/٣٠ - أحكام النقض س٣١ - ص٢١٦٣ - وشعلة - ص٣٣٤ - رقم ١٧ - ونقض ١٩٨١/٢/١٠ أحكام النقض - س٣٢ - ص٤٧٣.

(٤٧٠) نقض قديم - ١٩٤٢/٥/٢٨ - مجموعة القواعد - جـ١ - ص٣٦٤.

(٤٧١) نقض ١٩٥٧/٤/٤ - أحكام النقض س٨ - ص٣٥٣.

(٤٧٢) قارن الأهواني/ ٧٧٠/ بند ٨٩٠ - والبدراوي ٣٥٣ - بند ٣٧٢ - وعندهما فإن الخشية من فسخ سند البائع، لأنه لم يدفع الثمن، لا يخول المشتري حبس الثمن.

(٤٧٣) سابقاً - بند ٢٤١ - وبعدة.

من ذلك أن يكون العيب غير مؤثر حالاً على المبيع. إنما يخشى مستقبلاً أن ينقص من الانتفاع بالمبيع. إنما ينبغي أن تقوم هذه الخشية على أسباب معقولة، قياساً على الأسباب الجدية لوقوع التعرض[٤٧٤].

- ونلفت النظر، بأن هذه الحالات - جميعاً - وإن ورد النص عليها بالمادة ٥٠٠/ ٢ من القانون المدني، إلا أنها لا تعدو أن تكون تطبيقاً للقواعد العامة في الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين، كذا فإنها مجرد تطبيق للحق في الحبس - وذلك أخذاً من نص المادة ٣١٨/ ١ التي تخول كل من التزم بأداء شيء الامتناع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام عليه مستحق الأداء ومرتبط بالتزام المدين.

ويتفرع عن ذلك، بداية - أن المشتري يكون له حبس الثمن في غير الحالات الثلاث الواردة بنص المادة ٥٠٠/ ٢ من القانون المدني. إذا توافرت شروط الدفع بعدم التنفيذ، أو الحق في الحبس.

- ويسقط عن المشتري الحق في حبس الثمن، إذا قدم له البائع تأميناً عينياً أو شخصياً كافياً، لضمان الأضرار التي تصيبه في حالة ضمان التعرض والاستحقاق، والعيوب الخفية.

- ولا يجوز للمشتري حبس الثمن ما دام لم يقم من جانبه بما هو ملزم به قانوناً، وبحكم العقد[٤٧٥].

- وإجمالاً، فإن التزام المشتري بدفع الثمن، يقابله التزام البائع بنقل ملكية المبيع، دون وجود عائق يحول دون الانتفاع به، أو عيب يشوبه. فإن وجد، ما يؤدي إلى حرمان المشتري من الانتفاع بالعين، على الوجه السابق - جاز للمشتري، أن يتمسك بعدم تنفيذ التزامه بدفع الثمن.

---

(٤٧٤) قرب، الأهواني/ ٧٧٤/ بند ٨٩٤.

(٤٧٥) ومن ذلك مثلاً أن يتخلف المشتري عن الوفاء بباقي الثمن - نقض ٢٥/ ٣/ ١٩٨٠ - أحكام النقض س٣١ - ص٨٨٨ - نقض ٤/ ٥/ ١٩٨١ - أحكام النقض - س٣٢ - ص١٣٦٦.

- ويسقط عن المشتري حقه في حبس الثمن، وإن تحقق سببه، إذا نزل عن هذا الحق. والمقصود نزوله عن الحق في الحبس، بعد ثبوته - بطبيعة الحال[٤٧٦].

- كذا، يسقط عن المشتري الحق في حبس الثمن، إذا وجد في العقد شرط يمنعه من استعماله.

وأخيراً، يجوز للبائع، كما أشرنا - أن يتوقى حبس المشتري، الثمن إذا قدم كفالة، سواء كانت الكفالة شخصية، أو عينية. وذلك لضمان ما قد يحكم به على المشتري من تعويض في حالة ضمان التعرض، والاستحقاق أو ضمان العيوب الخفية[٤٧٧].

٣ - مكان الوفاء بالثمن:

٢٨٤ - يكون الثمن مستحق الإذاء في المكان الذي يتم فيه تسليم المبيع. فإذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع، وجب أداؤه في موطن المشتري ما لم يوجد انفاق، أو عرف يقضي بغير ذلك - م ٥٠١ مدني -

- وجاء بالمذكرة الإيضاحية للنص، بأن المشرع جعل مكان الوفاء الثمن في المكان الذي يتم فيه التسليم، «حتى يتسنى تنفيذ الالتزامات المتقابلة معاً»[٤٧٨].

- وعلى ذلك، ينبغي لتحديد مكان الثمن - التفرقة بين فرضين:

الأول: إذا كان الثمن مستحق الوفاء في نفس الوقت الذي يجب فيه يسلم المبيع المبيع. وعندئذ يكون مكان دفع الثمن، هو نفس مكان تسليم المبيع.

---

(٤٧٦) نقض ١٥/٦/١٩٨٢ - أحكام النقض - س٣٣ - ص٧٥٧ - وعلم المشتري وقت الشراء، بالسبب الذي يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفي بذاته للدلالة على نزوله عن الحق في حبس الثمن - نقض ١٠/١٢/١٩٧٥ - أحكام النقض س٢٦ - ص١٦٠٦ وشعلة - ص٣٣٢ - رقم (١٠).

(٤٧٧) وتطبيقاً لذلك - نقض ٢١/١٢/١٩٤٤ - مجموعة القواعد - جـ١ - ص٣٦١ - وأشار إليه، تناغو/ ص٣٥٥ - الحاشية (٢) والأهواني/ ص٧٨٣ - الحاشية ١٠٤.

(٤٧٨) ويتفق ذلك مع أحكام المجلة - المذكرة الإيضاحية، تعليقاً على نص المادة ٥٠١ - ص ٣٨٦ - وبعدها.

- والثاني، إذا كان الثمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع. ويكون الأمر كذلك عندما يتفق على ميعاد لدفع الثمن.

ولا ويسكن المتبايعان عن ميعاد التسليم، فيكون التسليم - كما قدمنا - واجباً بمجرد العقد، بينما يكون دفع الثمن في الميعاد المتفق عليه.

ويتحقق الفرض السابق أيضاً، إذا اتفقا على ميعاد لدفع الثمن، وميعاد مختلف عنه لتسليم المبيع.

وفي هاتين الحالتين، يستحق الثمن في وقت غير وقت تسليم المبيع. وبذا فليس ثمة محل لجعل مكان دفع الثمن، هو نفس مكان تسليم المبيع(٤٧٩).

فوجب، إعمال القواعد العامة - في هذا الصدد - وفيها يكون مكان الوفاء بالثمن هو موطن المشتري وقت الوفاء، أو المكان الذي يوجد به مركز إعماله إذا تعلق الوفاء بهذه الأعمال(٤٨٠).

وعلى أية حال فإن الأحكام السابقة جميعاً لا تنطبق إلا إذا لم يوجد اتفاق، أو عرف يقضي بغيرها.

رابعاً - جزاء الاخلال بالالتزام بالوفاء بالثمن:

النصوص القانونية، ملاحظات:

٢٨٥ - نصت المادة ٥٠٢ من القانون المدني، على أنه، إذا لم يؤد المشتري الثمن عند استحقاقه، أو إذا أخل بالالتزامات الأخرى التي يحتويها عقد البيع يكون البائع بالخيار بين طلب الزام المشتري بالتنفيذ، أم طلب فسخ البيع.

- بينما نصت المادة ٥٠٣ على أنه إذا كان الثمن، كله، أو بعضه مستحق الأداء في الحال، فللبائع أن يحبس المبيع، حتى يستوفي ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهناً، أو كفالة، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع.

---

(٤٧٩) تناغو/ ص ٣٥٧.

(٤٨٠) ونقض ١٤/ ٤/ ١٩٧٠ - أحكام النقض س ٢١ - ص ٦٠٤.

- ونصت المادة ٥٠٤ على أنه إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع.

وأخيراً نصت المادة ٥٠٥ على حكم خاص، ببيع المنقولات، يقضي بإنه إذا لم يؤد المشتري المستحق من الثمن عند حلول الميعاد، كان للبائع الحق في اعتبار البيع مفسوخاً، دون حاجة إلى اعذار، ما لم يتفق على غير ذلك أو كان الباقي من الثمن المستحق يسيراً.

٢٨٦ - ويلاحظ بداية بأن النصوص السابقة، محض تطبيق للقواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين، وبمقتضاها، إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته، جاز للمتعاقد الآخر، إجباره على التنفيذ، أو طلب الفسخ، وكذا الامتناع عن تسليم الشيء محل الحبس، إلى أن يستوفي حقه تجاه المدين. ولا يخرج البيع عن ذلك.

ويلاحظ، أيضاً أن النصوص السابقة، قد اشتملت على بعض ضمانات البائع لاستيفاء الثمن، أهمها، حق البائع في حبس المبيع - م ٥٠٣ مدني إذا كان الثمن حال الأداء، ولم يقم المشتري فعلاً بتسلم المبيع، ولم يكن البائع، قد نزل - صراحة، أو ضمنا عن حقه في الحبس، وذلك كله أخذاً من القواعد العامة، باعتبار أن المادة ٥٠٣ - سابقة الذكر - تطبيق لهذه القواعد العامة في عقد البيع[٤٨١] كما أسلفنا.

- ونلفت النظر بأن النصوص السابقة وإن اشتملت على بعض ضمانات البائع لاستيفاء الثمن. فثمة ضمانات أخرى... في نصوص أخرى - يتمتع بها البائع وتكفل له، الحصول على الثمن، أهمها امتياز البائع على الشيء المبيع الذي يختلف، بحسب ما إذا كان المبيع منقولاً، أو عقاراً، فإن كان الأول، فيكون للبائع امتياز على الشيء المبيع ضماناً للوفاء بالثمن، وبملحقاته - م ١٠٧٨ - وإن كان الثاني. فإن للبائع امتياز على العقار المبيع، ضمانا لما يستحق له من ثمن وملحقاته - م١٠٨٠ مدني - ويقصد بالملحقات - الفوائد والمصروفات - ولا يشمل لذلك أية تعويضات قد تثبت للبائع قبل المشتري.

---

(٤٨١) في نفس المعنى، الأهواني / ٧٨٤/ بند ٩٠٤.

٢٨٧ - ونحيل في دراسة التنفيذ الجبري لالتزام المشتري بدفع الثمن إلى الدراسات الخاصة، بقانون المرافعات، بينما يدخل امتياز البائع ضمن دراسات التأمينات العينية، ولن نعرض له، أما حق البائع في حبس المبيع[٤٨٢] أو فسخ العقد، فرغم كونهما مجرد تطبيق للقواعد العامة، - كما قدمنا - فسوف نعرض لهما - بالتفصيل المناسب - فيمايلي:

١ - فسخ عقد البيع:

٢٨٨ - إذا تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن، يكون للبائع، أخذاً من نص المادة ٥٠٢ مدني سالفة الذكر، ولما كان هذا النص مجرد تطبيق للقواعد العامة. فإن للبائع، أن يتقدم بطلب فسخ البيع إلى المحكمة المختصة. ولا تكون المحكمة ملزمة، بإجابة البائع، فسخ العقد، وإنما يجوز لها أن ترفض الفسخ إذا كان المشتري قد وفى بالجانب الأكبر من الثمن، بحيث أن الجزء المتبقي، قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته.

- وقد يشتمل البيع على شرط فاسخ صريح، عند عدم وفاء المشتري بالثمن - والأصل أن وجود الشرط الفاسخ الصريح يجرد المحكمة من سلطتها التقديرية إجابة البائع لطلب الفسخ. فالفسخ في هذه الحالة يكون اتفاقياً،
- ومع ذلك فالشرط الفاسخ الصريح لا يحول دون تمسك البائع بالتنفيذ العيني لالتزام المشتري بدفع الثمن، وكذا، فإن الفسخ الاتفاقي لا يعفي البائع من الاعذار ما لم يتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه.

- حكم خاص في بيع المنقول:

٢٨٩ - وإذا كان الأصل - في حالة عدم الوفاء بالثمن، اعذار البائع للمشتري، قبل الحكم بالفسخ، إذا كان الفسخ قضائياً أو قبل اعتبار البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه، إذا كان الفسخ اتفاقيا فإن المشرع قد أورد حكماً خاصاً ببيع

---

(٤٨٢) وإن عرض له، البعض، في ضمانات البائع - الأهواني/ ٧٨٩/ بند ٦٠٩ - وقارن، تناغو / ٣٦٠/ بند ٨٤.

المنقول، وبمقتضاه، إذا اتفق على ميعاد لأداء الثمن كله، أو أكثره، ولتسلم المبيع، كان للبائع الحق في اعتبار البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعذار إذا لم يؤد المشتري المستحق من الثمن عند حلول الميعاد. وذلك ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، أو كان الباقي من الثمن المستحق يسيراً.

٢٩٠ - ويفترض النص، لتطبيقه، بداية، عدم وجود اتفاق على استبعاد تطبيقه فالنص، لا يتضمن - سوى قاعدة مكملة، يمكن للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالف أحكامها. وقد يكون الاتفاق صريحاً، على ضرورة الاعذار، وأن يكون فسخ البيع، قضائياً، وقد يكون ضمنياً، بأن يتخذ البائع، موقفاً، لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته عن نزوله عن حقه في اعتبار البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه، وبدون الحاجة إلى اعذار المشتري.

- وكذا، فإن عدم دفع الثمن في الميعاد المحدد، لا يعني اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، وبدون حاجة إلى الأعذار، إذا كان الباقي من الثمن المستحق يسيراً - إعمالاً لنص م ٥٠٥ مدني - سالفة الذكر. وهذا النص مجرد تطبيق للقواعد العامة في الفسخ، التي تمنح القاضي سلطة تقديرية، في رفض طلب الفسخ، إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة إلى التزاماته في جملتها - م ٢/٢٠٩ مدني.
- كما، يلزم - لتطبيق النص - أن يكون البيع وارداً على منقول - فإن كان المبيع عقاراً، لا يجوز اعتبار البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه، وبدون حاجة إلى الاعذار ولا يغير من ذلك، أن تتوافر الشروط الأخرى، جميعها.
- فإن كان المبيع منقولاً، انطبقت الأحكام الواردة بالمادة ٥٥ مدني. وبصرف النظر عما إذا كان المنقول مادياً، أو معنوياً. فالنص يتعلق بالمنقولات عموماً.
- وكذا، يجب أن يتخلف المشتري عن دفع الثمن، أو أكثره في الميعاد المحدد.
- ويجب أخيرا أن يكون امتناع المشتري عن دفع الثمن، بخطأ منه. فإن كان امتناع المشتري، جاء، لرفض البائع مثلاً تسليم المبيع فإن عدم الوفاء بالثمن لا يرتب فسخ البيع في هذه الحالة. وإنما يجوز للمشتري، حبس الثمن - كما قدمنا - أو يطلب فسخ البيع.

- فإذا توافرت الشرائط السابقة، كان لبائع المنقول، اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، وبدون حاجة إلى حكم، ولا إعذار ويتفرع عن ذلك خصوصاً حقه في بيع المنقول إلى مشتر آخر.

٢ - حبس المبيع

٢٩١ - إذا كان الثمن كله، أو بعضه مستحق الأداء في الحال. فإن للبائع - أخذاً من نص المادة ٥٠٣ سالفة الذكر - حبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ما لم يكن البائع قد منح المشتري أجلاً بعد البيع.

ولا يغير أو لا يؤثر على حق البائع حبس المبيع، لحين استيفاء الثمن، أن يقدم المشتري رهناً، أو كفالة.

- وقد أشرنا بأن حبس البائع للمبيع، لا يعدو أن يكون تطبيقاً للحق في الحبس الذي يعتبر بدوره تطبيقاً للدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين(٤٨٣).

- وثمة تطبيق آخر للدفع بعدم التنفيذ، لا يقل أهمية عن حبس المبيع، ولا يمكن إعماله إلا إذا كان المبيع عقاراً .... وهو امتناع البائع عن القيام بالإجراءات اللازمة لنقل الملكية إلى المشتري. ولا يستطيع المشتري في هذا الفرض أن يقهر إرادة البائع، برفع دعوى صحة التعاقد في مواجهته.

- وقضى - تبعا لذلك - بأنه، ما دامت محكمة الموضوع، قد سجلت على المشتري - بحق - أنه عجز عن إثبات وفائه بالثمن، بما يثبت به قانوناً، فإنه لا يجوز له أن يطلب إجبار البائع على تنفيذ التزاماته التي من شأنها نقل الملكية عن طريق دعوى صحة التعاقد لأن من حق البائع، أن يحبس التزامه هذا والمقصود التزامه بإجراءات نقل الملكية، حتى يقوم المشتري بتنفيذ ما حل من التزاماته(٤٨٤).

٢٩٢ - وعلى أية حال فإنه ولا يجوز للبائع حبس المبيع، إلا إذا توافرت شرائط عدة هي:

---

(٤٨٣) والأهواني /ص ٧٨٩/ بند ٩٠٩.

(٤٨٤) نقض ١٤/١١/١٩٥٧ - أحكام النقض س ٨ ص ٧٨٩.

عدم قيام المشتري بسداد الثمن حال الأداء، سواء قبل أو أثناء تسليم المبيع. فإذا لم ينص في عقد البيع على ميعاد سداد الثمن. التزم المشتري بسداده فور إبرام العقد. فإذا حل أجل السداد على أي وجه من الوجوه السابقة وامتنع المشتري عن الدفع، كان للبائع حبس المبيع. ولا يغير من ذلك أن يقدم المشتري للبائع رهنا، أو كفالة.

وعلى عكس ذلك لا يكون للبائع حبس المبيع، إذا منح البائع المشتري أجلاً بعد البيع. حيث يلتزم البائع بتسليم المبيع - طالما أن أجل الوفاء بالثمن لم يحل بعد. وهو حكم منطقي، فلا يتضرر أن يمنح البائع للمشتري أجلاً للسداد بعد البيع، ويحبس المبيع من قبل حلول هذا الأجل. ويقصد بالأجل،ت في هذا الشأن، الأجل الاتفاقي، الذي يمنحه البائع للمشتري بعد البيع.

أما الأجل القضائي، وهو نظرة الميسرة، التي يمنحها القاضي للمشتري بشروط محدودة، فلا نحرم البائع من حقه في حبس المبيع.

- هلاك المبيع أثناء حبسه من يد البائع:

٢٩٣ - إذا هلك المبيع في يد البائع، وهو حابس له كان الهلاك على المشتري، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع - م ٥٠٤ مدني.

- ويفهم من النص، أن البائع، يلتزم بالمحافظة على المبيع. وقياساً على الدائن المرتهن رهناً حيازياً، فإنه يلتزم في المحافظة على المبيع بالتزام ببذل عناية. فإذا بذل من البائع في المحافظة على المبيع عناية الشخص العادي، وهلك برغم ذلك - فإن كان الهلاك على المشتري. فعدم التسليم كان لخطأ من هذا الأخير، فوجب أن يتحمل تبعه خطأة المتمثل في عدم الوفاء بالثمن في ميعاد استحقاقه. أما إذا أهمل البائع، المحافظة على المبيع، فلم يبذل في ذلك عناية الشخص العادي، فإن هلك المبيع. فإنه يهلك على البائع.
- ولا تطبق الأحكام السابقة، بطبيعة الحال، الا إذا كان حبس البائع للمبيع مشروعاً، توافرت له شرائط حقه في الحبس.

كذا، لا يكون للبائع حبس المبيع، إذا قام المشتري بالوفاء بالثمن أو تنازل عن حقه في حبس المبيع، بعد ثبوته.

المطلب الثاني:
التزام المشتري بمصروفات البيع

نص قانوني، ملاحظات:

٢٩٤ - نصت المادة ٥٠٧ من القانون المدني على أنه «يتحمل المشتري نفقات عقد البيع، ورسوم التسجيل، ونفقات الوفاء بالثمن، ونفقات تسلم المبيع، وغير ذلك من مصروفات ما لم يوجد اتفاق، أو عرف بغير ذلك».

- ويلاحظ بداية - بأن المشرع جمع في النص السابق، كل ما يتحمله المشتري من نفقات، وبعد أن ذكر أمثلة عليها، عاد يقول... وغير ذلك من مصروفات.

- وأخذاً من النص السابق، فإنه يرجع أولاً في تحديد من يتحمل مصروفات البيع إلى العقد ذاته، فالنص لا يتعلق بقاعدة آمرة، وبذا يجوز للمتعاقدين، الاتفاق على أن يتحمل البائع وحدة مصروفات البيع... أو الاتفاق على أن تكون المصروفات عليهما معاً بالتساوي، إلى غير ذلك، فإن لم يوجد اتفاق، يرجع إلى العرف. وإلا فإن المشتري، يتحملها وحدة.

٢٩٥ - ويلاحظ، أن المشتري، إذا تحمل عبء مصروفات البيع وحده، في حال عدم وجود اتفاق، أو عرف بغير ذلك. فإن هذه المسألة تدخل في الاعتبار عند تحديد ثمن المبيع أصلاً، فيختصم المشتري، من الثمن ما يقابل هذه المصروفات، إذا وافق البائع، بطبيعة الحال.

- ويترتب على اعتبار أن المشتري ملزم بمصروفات البيع نتيجة مؤداها. أن البائع، إذا قام بدفعها، فإنه يكون دائناً بما دفعه إلى المشتري. وله في ذلك، التنفيذ بها عيناً على المشتري، والحق في حبس المبيع، فضلاً عن طلب فسخ العقد، لاخلال المشتري بتنفيذ التزامه بدفع المصروفات.

- والبائع في رجوعه بما انفق من مصروفات يكون له امتياز البائع - المادتان - ١٠٧٨ و١٠٨٠ مدني.

- وأخيراً، فإن المقصود بنفقات، ومصروفات البيع، أتعاب كتابة العقد،

ورسوم السمسرة، التي يتحمل المشتري بها، أو بجزء منها، كذا يتحمل المشتري نفقات الوفاء بالثمن، إذا كان هذا الثمن يقتضي نفقات لدفعه - المادة ٣٢٩ من قانون التجارة - كما يتحمل المشتري، أخذاً من نص المادة ٤٠٩ من قانون التجارة - نفقات تسلم المبيع. وكذا، فإن رسوم التسجيل، مع رسوم التصديق على التوقيعات، عند تقديم العقد للتوقيع عليه، تقع على عاتق المشتري[٤٨٥].

٢٩٦ - ونذكّر، بأن كل ذلك ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره[٤٨٦].

- وأخيراً، فإن تكاليف المبيع، من صيانة، أو إستثمار ترتبط بمن يكون له ثمر المبيع، ونماؤه. ولما كان للمشتري، أعمالاً لنص المادة ٤٦٥ مدني، ثمر المبيع، ونماؤه من وقت البيع. يكون عليه من هذا الوقت تكاليفه فإن لم يكن البائع قد استوفى الثمن كله، فلا يحرم من ثمار المبيع كلها. بل يكون له بمقدار ما لم يستوفه من الثمن. ولا يكون للمشتري - تبعاً لذلك - من هذه الثمار الا بما يناسب ما أداه منه[٤٨٧] ويراعي ذلك، بشأن تكاليف المبيع طالما أنها مرتبطة - كما قلنا - بمن يكون له الثمار، والنماء.

(٤٨٥) بهذا المعنى - نقض ١٩٤٢/٥/٢٨ - مجموعة القواعد - حـ ١ - ص ٣٦٤ - فيما أشار إليه تناغو / ص ٣٦٩ / الحاشية (١) - وشعلة - / ص ٣٥٣/ رقم (١).

(٤٨٦) المذكرة الإيضاحية تعليقاً على نص المادة ٥٠٧ مدني - ص ٣٨٩.

(٤٨٧) المذكرة الإيضاحية، تعليقاً على نص المادة ٤٦٥ - ص ٣٧١.

المطلب الثالث:
التزام المشتري بتسلم المبيع:

٢٩٧ - لا يجود نص خاص، بالقانون المدني، على التزام المشتري بتسلم المبيع بيد أن عدة نصوص متفرقة، وردت متعلقة، بمكان تسليم المبيع، وزمانه، واعتبار البيع مفسوخاً، عند الاخلال بالالتزام بمعيار الوفاء بالثمن، وتسلم المبيع، دون حاجة لاعذار المشتري، في بيوع المنقولات.

ويبدو ذلك، مفهوماً فالبائع يلتزم بتسليم المبيع، بما يشتمل بالمقابل على التزام المشتري بتسلم المبيع.

وفرق بين الالتزام بالتسليم la delivrance، والتسلم la livraison فالتسليم، وضع المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يتمكن من حيازته، والسيطرة عليه دون عائق، ولو لم يتسلمه المشتري فعلاً، فيما يسمى بالتسليم الرمزي. بينما لا يقوم الالتزام بالتسلم، الا بوضع المشتري يده، على المبيع، وحيازته حيازة فعلية، ولا يقوم التسلم، بغير ذلك. فتسلم العقار، يعني استحواذ المشتري - والسيطرة عليه، وتسلم المنقول يكون بقبضة[٤٨٨].

١ - زمان، ومكان تسلم المبيع:

٢٩٨ - أخذاً من نص المادة ٥٠٦ مدني، إذا لم يعين الانفاق، أو العرف مكاناً أو زماناً لتسلم المبيع، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع، وأن ينقله من هذا المكان دون ابطاء الا بقدر ما يقتضيه النقل من زمن[٤٨٩]. والنص، يتضمن قاعدة مكملة، يجوز الإنفاق على ما يخالف أحكامها.

---

(٤٨٨) في ذلك ماليري، وآينس - العقود الخاصة - ١٩٩٦ - ص ١٩٥ - وص ٢٦٧،
(٤٨٩) والنص مأخوذ عن المادة ٤٦٣ مدني مصري.

فقد يتفق على أن يكون مكان التسليم، وزمانه، هو ذاته وزمان التسلم. أو يكون مكان التسليم، بخلاف مكان التسلم، على أن يقوم البائع بنقل المبيع على نفقة المشتري من مكان التسليم إلى مكان التسلم.

فإن لم يوجد اتفاق أو عرف على شيء من ذلك، وجب تطبيق النص المذكور، بحيث يتعين على المشتري تسلم المبيع في نفس المكان الذي يوجد فيه، هذا المبيع وقت التسليم. كذا، يلتزم بأن ينقله دون ابطاء طبقاً للسير العادي للأمور.

- فإذا تخلف المشتري عن تسلم المبيع في المكان، والزمان - السابق ذكرهما، كان للبائع - إعمالاً للقواعد العامة في التنفيذ العيني للالتزام - أن يطلب الزام المشتري بتسلم المبيع، بشرط أن يعذره، قبل ذلك. كما يمكن الحكم على المشتري المتأخر عن تسلم المبيع بغرامة تهديدية عن كل فترة زمنية، يتأخر فيها عن التسلم، دونما إخلال بحق البائع طلب فسخ العقد إلى المحكمة المختصة.

٢ - نفقات تسلم المبيع:

٢٩٩ - يلتزم المشتري أصلاً، بنفقات تسلم المبيع، إعمالاً لنص المادة ٥٠٧ القانون المدني. التي تعتبر بدورها مجرد تطبيق لقاعدة عامة، تقضي بأن نفقات الوفاء على المدين. وبما أن المشتري هو المدين، بالالتزام بالتسلم، فإن نفقات الوفاء تقع عليه. ومن ذلك مثلا نفقات، نقل المبيع من مكان التسليم إلى مكان التسلم إذا كان المكانان مختلفين، أو نفقات نقل المبيع من مكان التسليم إلى الجهة التي يقصدها المشتري.

- ولا ينطبق النص، إذا وجد اتفاق، أو عرف يقضي بخلاف ذلك.

الباب الثاني:

بعض أنواع البيوع

- بيع الوفاء
- بيع ملك الغير
- بيع الحقوق المتنازع فيها
- البيع في مرض الموت
- بيع السلم

الباب الثاني:
بعض أنواع البيوع

تمهيد وتقسيم:

٣٠٠ - قدمنا بأن المشرع الكويتي، خصص لبعض أنواع البيوع فرعاً مستقلاًد تناول فيه بيع الوفاء - م ٥٠٨ - وبيع ملك الغير - م ٥٠٩ - وبيع الحقوق المتنازع عليها - بالمواد ٥١٠ إلى ٥١٥ - وبيع حصة في تركة - ٥١٦ إلى ٥١٨ - بينما ورد نص المادة ٥١٩ متعلقا بالبيع في مرض الموت. وأخيراً أضاف المشرع بقانون رقم ١٩٩٦/١٥ - إلى ذلك بيع السلم.

وسوف نعرض لهذه الأنواع الخاصة من البيع - فيمايلي:

المطلب الأول:

بيع الوفاء Vente - à - réméré

- نص قانوني:

٣٠١ - نصت المادة ٥٠٨ مدني - في خصوص بيع الوفاء على أنه إذا احتفظ البائع عند البيع، بحق استرداد المبيع في مقابل رد الثمن، والمصروفات، اعتبر العقد قرضا مضموناً برهن حيازي[٤٩٠].

وعلى ذلك، لا يمكن أن نعرض لحكم بيع الوفاء - قبل أن نتناول المقصود به - على التفصيل الآتي:

١ - تعريف بيع الوفاء:

٣٠٢ - يبين من النص السابق، أن بيع الوفاء، بيع يحتفظ فيه البائع - خلال مدة معينة - بحق استرداد المبيع من المشتري في مقابل رد الثمن، ومصروفات المبيع إليه.

- وبذا، فهو بيع معلق على شرط فاسخ، لا تزول فيه الملكية. عن البائع بصفة نهائية، من دون أن يوجد شرط للاحتفاظ بالملكية، كما هو الشأن في البيع بالتقسيط مثلا. وكذا، لا تنتقل فيه الملكية نهائياً إلى المشتري برغم دفع الثمن كاملاً إلى البائع. حيث يكون للأخير - أن يسترد المبيع من المشتري خلال مدة معينة من تاريخ إبرام العقد.

ولا يكون للبائع، استرداد المبيع، إلا إذا رد للمشتري الثمن، ومصروفات البيع جميعاً. فإذا نحقق ذلك - انفسخ البيع، واعتبر كأنه لم يكن[٤٩١].

- ولا يلزم أن يدرج شرط الاسترداد في ذات عقد البيع، وإنما يجوز اثباته في ورقة لاحقة «بشرط توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالبيع وعلى أية حال

---

(٤٩٠) ويقابلها نص المادة ٤٦٥ من القانون المدني المصري، والتي قررت - بعكس القانون الكويتي - بطلان بيع الوفاء.

(٤٩١) تناغو / ص ٣٧٧/ بند ٩١.

فإن استظهار شرط المعاصر الذهنية بين البيع، وحق البائع في الاسترداد يعتبر من مسائل القانون التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة التمييز أو النقض(٤٩٢).

- والغالب عملاً أن بيع الوفاء، يخفي قرضاً برهن، ويتمثل ذلك خصوصاً إذا كان البائع في حاجة إلى المال ويريد في ذات الوقت استبقاء المبيع، فلا تزول عنه ملكيته بصورة دائمة، وإنما مؤقتة، فيتفق مع المشتري، على استرداد المبيع خلال فترة محددة مع دفع الثمن، والمصروفات. وبذا، فالعقد يعتبر حقيقة قرضاً برهن. يكون فيه للبائع وهو «المدين الراهن» استرداد المبيع، إذا وفي بمبلغ القرض، ويكون فيه للمشتري وهو «الدائن المرتهن» مصلحة مؤكدة في إبرام القرض في صورة بيع وفائي، وعدم إبرامه في صورة دين مضمون برهن هروباً من القواعد الآمرة، التي تقضي ببطلان كل اتفاق بجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله، في تملك المال المرهون نظير ثمن معلوم.

ولذا، يثور السؤال، بصدد حكم هذا البيع؟ فهل يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً لأن المبيع يمكن أن يصبح ملكاً للمشتري والدائن المرتهن بدون اتباع طريق بيع المال المرهون بما يعني الهروب من قاعدة آمرة؟ أو على العكس، يعتبر بيع الوفاء صحيحاً، بوصفه قرضاً مضمون برهن حيازي؟ - ونفصل ذلك - فيما يلي:

٢ - حكم بيع الوفاء:

٣٠٣ - بيع الوفاء لا يعتبر بيعاً باطلاً في القانون الكويتي. ولا يعتبر كذلك بيعاً صحيحاً. بل هو قرينه على أنه بمثابة قرض مضمون برهن حيازي. وعلى ذلك، إذا احتفظ البائع، عند البيع، بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة مع رد الثمن، والمصروفات اعتبر العقد قرضاً برهن حيازيد وبذا تسري عليه جميع أحكام الرهن الحيازي بما في ذلك. بطلان الانفاق الذي يجعل للدائم الحق عند عدم

---

(٤٩٢) نقض ١٥/٣/١٩٧٦ - ١. احكام النقض س٢٦.

استيفاء الدين، في تملك المال المرهون نظير ثمن معلوم. فهو إذن ليس بيعاً باطلاً، ولا صحيحاً، بل ينضوي على قرينة قانونية غير قابلة لاثبات العكس على أنه بمثابة قرض برهن حيازي[٤٩٣].

- وبعكس ذلك اعتبر المشرع المصري أن بيع الوفاء باطل مبرراً ذلك، بأن «من يعمد إلى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع، بل يحصل عادة على ما يحتاج إليه من مال، ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة. ويعتمد غالباً على احتمال وفائه بما قيض قبل انقضاء أجل الاسترداد. ولكنه قل أن يحسن التقدير. فإذا أخلف المستقبل ظنه، وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل ضاع عليه دون أن يحصل على ما يعادل قيمة المبيع»[٤٩٤]. ويصبح المبيع ملكاً للمشتري «الدائن المرتهن» دون اتباع أي طريق لبيع الدين المرهون.

---

(٤٩٣) وذلك جرياً على تقاليد الفقه الحنفي - على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية - تعليقاً على نص المادة ٥٠٨ - ص ٣٩٠ - وحماية للبائع - ص ٣٩١.

(٤٩٤) مجموعة الأعمال التحضيرية، من تقرير لجنة مجلس الشيوخ - حـ ٤ - ص ١٦٤ / ص١٧٨ - وورد النص عليه بالقانون المدني الفرنسي / المواد ١٦٥٩ إلى ١٦٧٣ - وانظر الشرقاوي/ ص٧٩ / بند ٣٠.

المطلب الثاني
بيع ملك الغير
- La Vente de la chose d'autrui -

نص قانوني، ملاحظة:

٣٠٤ – نصت المادة ٥٠٩ مدني بأنه، إذا باع شخص مالاً للغير، فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا آلت إلى البائع، أو أقر المالك البيع.

ويتضح من ذلك أن المشرع الكويتي عرض في عبارة بليغة – موجزة – للمقصود ببيع ملك الغير، وحكم هذا البيع فيما بين المتعاقدين، وفي مواجهة المالك الحقيقي(٤٩٥).

– كما أن المشرع، لم يخرج في أحكام هذا البيع – على ما سنرى – عن عباءة القواعد العامة. وتبعاً لذلك نعرض بداية للمقصود ببيع ملك الغير، وشروطه ثم حكم بيع ملك الغير في مواجهة المتعاقدين، والمالك الحقيقي وذلك على النحو الآتي.

أولاً – المقصود ببيع ملك الغير:

٣٠٥ – نوع من البيوع يتم بين غير مالك، وشخص آخر، دون أن يكون

---

(٤٩٥) بعكس المشرع المصري، الذي تناول بيع ملك الغير في ثلاث مواد – م٤٦٦ – وبعدها. وانظر تمييز ٢٢/ ٥/ ١٩٨٥ – مجموعة القواعد – يناير ١٩٩٤ – ص٣٨١/ رقم ١٩ – تمييز ٢٦/ ٣/ ١٩٨٦ – مجموعة القواعد العامة / يونيه ١٩٩٦ / ص٧٧٥ / رقم ٣٥ – وتمييز ٢٧/ ٢/ ١٩٨٩ – القضاء والقانون س١٧ / ع١/ سبتمبر ١٩٩٥ – ص٥٤٧ / رقم ١٦٣ – والسنهوري والفقي/ ص٣٣٨ / بند ١٥٢ توفيق فرج / ط ١٩٨٨/ ص٥٠ / بند ٧٢ – وط ١٩٨٥ – ص١١٢ / بند ٧٣ – محمد حسن قاسم / الموجز في عقد البيع / ١٩٩٦ / ص١٥٠ – وسلطان/ ص٣٨٥ – رمضان أبو السعود/ ص١١٨ – وكان نص م٣٦٥ من المجلة، على أن بيع ملك الغير، ينعقد موقوفاً على إجازة المالك الحقيقي إن أجازه، نفذ، وإن لم يجزه انعدم، ويضحى العقد لا وجوده شرعاً – تمييز ١٢/ ١٩٨٣ مجموعة القواعد / يناير ١٩٩٤ – رقم ١٠١ – مطبقاً أحكام المجلة العدلية.

وكيلاً عن المالك، ولا متعهداً عنه. فإن كان وكيلاً عن المالك، طبقت أحكام الوكالة على عقد البيع. سواء فيما يتعلق بشروطها، أو بآثارها. ولا يقدح في ذلك، أن يكون الوكيل، قد باع مالاً للموكل، متجاوزاً في ذلك حدود الوكالة. فالبيع في هذه الحالة، لا يعتبر بيعاً لملك الغير. بل يعتبر أخذاً من القواعد العامة وكالة للبيع، تجاوز فيها الوكيل الحدود المرسومة لوكالته فلا تترتب آثار التصرف في مواجهة الموكل، إلا بإقراره وإلا فإن آثار البيع، لا تسري في مواجهة الموكل، ويجوز للمشتري، عندئذ الرجوع بالتعويض على الوكيل، إعمالاً للحكم الوارد بالمادة ٥٧ من القانون المدني.

- كذا، لا يعتبر بيعاً لملك الغير في حكم المادة ٥٠٩، التعهد عن المالك بالبيع، فالمتعاقد - في هذا الفرض - لا يبيع مالاً للغير بل يتعهد عن المالك فلا يعدو كونه التزاماً بعمل، لا ينقل ملكية المبيع.

- وأخيراً لا يعتبر بيعاً لملك الغير، مجرد الوعد بالبيع، وإن صدر من غير مالك فالوعد بالبيع - كما أسلفنا - لا ينقل الملكية إلى الموعود له.

ثانياً - الشروط الواجب توافرها، لبيع ملك الغير:

٣٠٥م - لا تنطق أحكام النص السابق سواء فيما بين المتبايعين، أو بالنسبة للمالك الحقيقي إلا إذا توافرت عدة شروط هي:

أن يكون العقد بيعاً والمبيع معيناً بالذات وغير مملوك للبائع على التفصيل الآتي:

١ - أن يكون العقد بيعاً:

٣٠٦ - ونقصد بالبيع - بمعنى الكلمة - التصرف الوارد تحديده بالمادة ٤٥٤ من القانون المدني، بأنه عقد على تمليك شيء، أو نقل حق مالي آخر لقاء عوض نقدي. وبذا يخرج من إطار النص التصرفات التي تأخذ بعض أحكام البيع دون أن تعتبر بيعاً. ويخرج من باب أولى عن نطاق تطبيق النص، التصرفات الأخرى خلاف البيع.

ولا يكفي - كما قدمنا - تعهد شخص على أن يحصل على رضاء المالك بالبيع لشخص معين. فهذا التعهد التزام بعمل، لا ينقل الملكية - كما هو الحال في البيع. وقد يتعهد شخص قبل آخر بأن يبيع الغير ما يملكه فلا يعتبر ذلك بيعاً لملك الغير.

وكذا، فإن مجرد الوعد بالبيع، لا ينقل الملكية بذاته، ولا تنطبق عليه أحكام بيع ملك الغير. وتفسير ذلك، أن الوعد بالبيع للشيء المعين بالذات، قد يصدر من غير مالك، فلا يعتبر بيعاً لملك الغير لأن الموعود له إذا أظهر رغبته في الشراء، وكان الواعد قد أصبح مالكاً لهذا الشيء، ثم البيع. أما إذا كان الواعد غير مالك، ولم يصبح كذلك، اعتبر هذا الوعد، بيعاً لملك الغير، تنطبق عليه أحكام المادة ٥٠٩ مدني.

أما إذا كان العقد بيعاً، انطبقت أحكام النص، بافتراض توافر الشروط الأخرى. ولا يقدح في ذلك أن يكون البائع سيىء النية. فالعلة في حق المشتري - طلب الإبطال - كما سنرى - هي عدم ملكية البائع للمبيع. كذا، تنطبق أحكام المادة ٥٠٩ على بيع ملك الغير، بصرف النظر عما إذا تم البيع جبراً، أو اختياراً، أو بالمزاد العلني.

٢ - أن يكون المبيع معيناً بالذات:

٣٠٧ - ومعنى ذلك، أن المبيع، إذا لم يعين إلا بالنوع فقط، فلا تنطبق أحكام بيع ملك الغير. فالملكية لا تنتقل بمجرد العقد إذا كان المنقول معيناً بالنوع - كما أسلفنا - بل يلزم القيام بإجراء آخر، هو الإفراز لانتقال الملكية.

كذا، لا يعتبر بيعاً لملك الغير، أن يكون المبيع شيئاً مستقبلاً. إلا إذا وجد المبيع، وكان البائع عندئذ غير مالك.

- وبعكس ذلك، يعتبر بيعاً لملك الغير، أن يكون البيع وارداً على شيء معين بالذات، حيث تنتقل فيه الملكية بمجرد العقد، وبذا، فإن لم يكن البائع مالكاً للمبيع المعين بالذات وقت العقد، كان مملوكاً للغير. وعليه، تنطبق أحكام المادة ٥٠٩ مدني.

٣ - أن يكون المبيع مملوكاً للغير:

٣٠٨ - ومعنى ذلك أن المبيع لا يكون مملوكاً للبائع ولا للمشتري لأنه، إن كان مملوكاً للبائع لا نكون بصدد بيع ملك الغير، وإنما بيع عادي أما إذا كان فيه للبائع حق شرطي. فإنه ينتقل إلى المشتري محملاً بهذا الشرط دون أن يعتبر العقد، بيعاً لملك الغير، سواء كان الشرط واقفاً، أو فاسخاً. فالملكية إذا كانت معلقة على شرط واقف، وتحقق الشرط، أصبحت ملكية المشتري باتّة. وكذا الشرط الفاسخ. فإذا لم يتحقق الشرط الواقف، أو تحقق الشرط الفاسخ، أضحى المشتري غير مالك. ولا علاقة لذلك، ببيع ملك الغير[٤٩٦].

- وإذا كان المبيع مملوكاً للمشتري. كنا بصدد استحالة مطلقة بالنسبة لمحل الالتزام، بما يؤدي إلى بطلان البيع بطلاناً مطلقاً، ولا علاقة لذلك أيضاً ببيع ملك الغير. وبعكس ذلك فإن بيع العقار من المشتري بعقد غير مسجل، يعتبر بيعاً لملك الغير، لأن الملكية لا تنتقل في العقارات إلا بالتسجيل، وقبل ذلك تظل على ملك البائع.

- بقي أن نوضح أن بيع ملك الغير على التحديد السابق، يقع كثيراً في العمل كواضع اليد على ملك غيره، ببيع هذا الملك. والزوج يبيع مال زوجته - والوارث، يبيع عيناً ليست له في التركة... وغير ذلك.

ثالثاً - حكم بيع ملك الغير:

٣٠٩ - الحكم الوارد بنص المادة ٥٠٩ سالفة الذكر، مجرد تطبيق للقواعد العامة.

فهذا البيع غير نافذ بالنسبة للمالك الحقيقي إلا إذا أقره. أما فيما بين المتعاقدين، يكون للمشتري - أخذاً من القواعد العامة - طلب إبطال البيع.

- فإذا آلت الملكية إلى البائع، أو أقر المالك الحقيقي البيع، انتقلت الملكية إلى المشتري.

---

(٤٩٦) ولا يكون للمشتري الرجوع على البائع ما دام عالماً بالشرط وقت البيع - الأهواني - ص٢٠٧/ بند ٢٧٢ - البدراوي/ ٥٧٧/ بند ٣٨٩. وإسماعيل غانم/ ص٤٢.

- وسنعرض بداية لحكم بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين. ثم في مواجهة المالك الحقيقي - على التفصيل الآتي:

١ - حكم بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين

٣١٠ - بيع ملك الغير، صحيح، غير باطل في العلاقة بين البائع، والمشتري. ومن شأن ذلك أن يلتزم كل منهما بكافة الالتزامات التي يرتبها عقد البيع. وإن تعذر، على البائع، نقل ملكية المبيع. . كان للمشتري طلب فسخ البيع لإخلال البائع بالتزام تعاقدي. على ما سنرى حالا - كذا، يلتزم البائع بضمان التعرض، والاستحقاق. ولذا يكون للمشتري، إذا تمسك بصحة العقد، الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق على أساس العقد(٤٩٧).

كما يلتزم المشتري بدفع الثمن، ومصروفات البيع، وتسلم المبيع.

- ومع ذلك يجوز للمشتري أخذاً من القواعد العامة طلب الإبطال على أساس الغلط، مثلاً كونه يجهل - وقت البيع - عدم ملكية البائع للمبيع. إنما لا يجوز للمشتري مبدئياً طلب الإبطال، لمجرد أن أن البيع يرد على مال مملوك للغير(٤٩٧م). ولا يكون له طلب الإبطال إذا كان سيئ النية.

وإذا كان للمشتري - على هذا النحو - طلب إبطال بيع ملك الغير. فإن للبائع أيضاً التمسك بهذا الإبطال إذا كان لا يعلم أنه يبيع ما لا يملك. وكان المشتري واقعاً في نفس الغلط، أو كان باستطاعته أن يتبينه، إعمالاً للقواعد العامة في نظرية الغلط.

كذا، يكون للمشتري، طلب فسخ البيع، لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية بوصفه التزاماً تعاقدياً ويحق للمشتري طلب الفسخ، ولو لم يطلب البطلان، أو يكون حقه في طلب البطلان قد سقط. كذا يكون له طلب فسخ العقد، حتى ولو كان وقت البيع عالماً بأن البائع يبيع ما لا يملكه. وهذا فرق جوهري بين طلب الإبطال، والفسخ، والأول بعكس الثاني، يقتصر على المشتري حسن النية الذي لا يعلم وقت العقد وليس في قدرته أن يعلم بأن البائع، يبيع ما لا يملكه.

(٤٩٧) والمذكرة الإيضاحية - ص٣٩١ - صريحة في ذلك.

(٤٩٧م) الأهواني/ ص٢٠٨ / بند ٢٧٣.

- ويكون للمشتري التعويض عن بطلان البيع. إنما لا يكون له طلب التعويض قبل بطلان العقد. ولا يكون للمشتري طلب التعويض إذا كان سيىء النية، يعلم أنه يشتري من غير مالك[٤٩٨].

وعلى العكس من ذلك، يكون للمشتري طلب التعويض عن فسخ العقد، إعمالاً للقواعد العامة - عما أصابه من ضرر ولا يقدح في ذلك أن يكون البائع حسن النية، يبيع ما يعتقد، أنه يملكه.

- وأخيراً، يكون للمشتري، كما قلنا - التمسك بصحة العقد، والرجوع على البائع بدعوى ضمان الاستحقاق على أساس عقد البيع[٤٩٩] وبذا، تبدو العلاقة وثيقة بين ضمان الاستحقاق، وبيع ملك الغير. باعتبار أن الأخير يرتب بالضرورة الاستحقاق الكلي، فيما سبق دراسته - ويترتب على ذلك نتيجة مهمة هي أن المشتري لا يكون له فقط الحق في طلب الإبطال، أو الفسخ، وإنما كذلك الرجوع على البائع بدعوى ضمان الاستحقاق.

٢ - حكم بيع ملك الغير، في مواجهة المالك الحقيقي:

٣١١ - إذا كان بيع ملك الغير - صحيحاً فيما بين المتعاقدين - كما قدمنا - فإنه غير نافذ في مواجهة المالك الحقيقي للمبيع، بوصفه من الغير، أخذاً من القاعدة العامة في نسبية آثار العقد. المادة ٢٠١ مدني[٥٠٠] وبأن العقود، لا تنفع، ولا تضر غير المتعاقدين وخلفائهما... م٢١٣ مدني.

- وإذا كانت الحكمة في عدم نفاذ بيع ملك الغير، عدم ملكية المبيع، فإذا انتفت هذه الحكمة، اعتبر البيع صحيحاً، ونافذاً في مواجهة المالك. ويتحقق ذلك إذا أقر البيع، أو إجازة، أو تملك البائع للمبيع، لاحقاً.

(٤٩٨) فإن كان المشتري على علم وقت البيع بأن البائع لا يملك المبيع، كان له أن يطالب بإبطال البيع، ويسترد الثمن تبعاً لذلك، ولكن لا يكون له الحق في أي تعويض - نقض ١٥/٨/١٩٦٧ - أحكام النقض - س١٨ - ص١٥٠٠.

(٤٩٩) الأهواني/ ص٢١١/ بند ٢٧٧.

(٥٠٠) المقابلة للمادة ١٤٥ مدني مصري - والمادة ١٤١ من قانون التجارة الكويتي.

أ - الأصل، عدم نفاذ البيع، قبل المالك

٣١٢ - بدهي، أن آثار العقد نسبية، فلا تنصرف إلا إلى طرفيه. والمالك الحقيقي للمبيع ليس طرفاً في بيع ملك الغير، فلا تنصرف آثار العقد إليه(٥٠١).

وإذا كانت العقود تقف بالنسبة إلى الآثار التي تنتجها عند المتعاقدين.. فهي بذاتها لا يكون لها أثر في مواجهة الغير. بحيث لا ينتفع الغير، ولا يضار من العقد، ما لم يكن ثمة تعهد عن الغير - م٢٠٤ مدني، أو اشتراط لمصلحة الغير - م٢٠٥ - وبذا، فإن البيع الصادر من غير مالك، لا ينفذ في مواجهة المالك الحقيقي ويترتب على ذلك نتائج مؤداها أن المالك الحقيقي يظل مالكاً للمبيع فلا تنتقل الملكية إلى المشتري. وإذا سلم البائع المبيع فعلاً إلى المشتري، يكون للمالك الحقيقي، رفع دعوى الاستحقاق، بوصفه مالك المبيع. ويكون له، فضلاً عن ذلك المطالبة بالتعويض، عما أصابه من ضرر جراء حرمانه - لفترة زمنية من المبيع. وإذا كان المبيع ينتج ثماراً، جاز للمشتري - مع ذلك - تملك الثمار إذا كان حسن النية، لا يعلم، أنه يشتري من غير مالك، إلا إذا كان عدم العلم يرجع إلى خطأ جسيم من جانبه، فالخطأ الجسيم، كالغش ينفي عن المشتري قرينة حسن النية، فلا يكون له الحق في تملك الثمار.

٣١٣ - وثمة فرض آخر، يشتري فيه الشخص المبيع من غير مالك(٥٠٢) ويتملكه بقاعدة «الحيازة في المنقول سند الحائز» إذا توافرت الشرائط الأخرى

---

(٥٠١) ويستثنى من ذلك، العقود التي يكون السلف قد أبرمها قبل الاستخلال في ذات المال الذي حصل الاستخلاف فيه، إذا كان من شأنها أن تولد حقوقا والتزامات متصلة بذات المال، فإنها تنتقل من السلف إلى الخف - م٢٠٢ مدني المقابلة للمادة ١٤٦ مدني مصري - والمادة ١٤٢ من قانون التجارة الكويتي.

(٥٠٢) خصوصاً وأن تملك البائع للمبيع، وقت البيع ليس شرطاً لصحة العقد. فلا يوجد ثمة، ما يمنع من أن يتعاقد الشخص بشأن شيء يملكه غيره - المذكرة الإيضاحية/ ص١٦٢ بل إن بيع ملك الغير، يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً لكسب ملكية العقار بالتقادم الخمسي في القانون المدني المصري، متى كان هذا البيع مسجلاً - مثلاً - نقض ٢٦/٤/١٩٨٨ شعلة/ ص٤٥٧.

ويتملكه بالمادة ٩٣٧ من القانون المدني(٥٠٢م) وبذا، تغل يد المالك الحقيقي عن استرداد المبيع لأن المشتري تملكه بالحيازة Possession وليس بالعقد Contrat. ولا يكون له والحال هكذا سوى رفع دعوى التعويض على البائع.

ب - نفاذ البيع - استثناء - في مواجهة المالك الحقيقي:

٣١٤ - لمّا كانت الحكمة في عدم نفاذ البيع ملك الغير، عدم تملك البائع للمبيع. فإذا انتفت، هذه الحكمة، عد البيع نافذاً في مواجهة المالك الحقيقي ويتحقق ذلك خصوصاً، إذا أقر البيع. أو تملك البائع للمبيع - وعندئذ يمكن للبيع أن ينتج أثره في نقل الملكية إلى المشتري.

- إقرار المالك البيع:

٣١٥ - قدمنا أن بيع ملك الغير صحيح فيما بين المتعاقدين. وغير نافذ - مع ذلك - في مواجهة المالك الحقيقي ما لم يقره. فالإقرار لا يرد إلا على عقد صحيح. وبه يضيف المقر آثار البيع في مواجهته.

وبدهي، أن يصدر الإقرار، قبل قيام المشتري برفع دعوى الإبطال، أو الفسخ.

وأياً ما كان الأمر، فإن الإقرار، ينتج أثره من تاريخه، فلا يكون له أثر من تاريخ البيع. وبذا، فإن الإقرار لا يضر بالحقوق التي كسبها الغير من المالك في الفترة من إبرام عقد البيع، وصدور الإقرار.

ويتفرع عن ذلك أن الحقوق العينية التي يرتبها المالك الحقيقي، في الفترة المذكورة تنتقل إلى المشتري مثقلة بها. وإن كان للمشتري، الرجوع - تبعاً لذلك - على البائع بضمان الاستحقاق(٥٠٣) الجزئي ولا يغير من ذلك، إقرار المالك الحقيقي

(٥٠٢م) وتفصيلاً، شكري سرور - موجز الملكية / ص١٩١ / بند ٢٨٩ - وبعده.

(٥٠٣) ولا يقدح في ذلك أن يكون العقد قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري - فالعقد القابل للإبطال كالعقد الصحيح ما لم يقض بإبطاله. وكالباطل بطلاناً مطلقاً، بعد أن يحكم بإبطاله. وانظر - مع ذلك - نقض ١٨/٤/١٩٦٨ - أحكام النقض - س١٩ - ص٧٨٠. وقد بيّنا آنفاً أن الاستحقاق الكلي هو بيع ملك الغير بعينه، ونحول المشتري خيار الرجوع على البائع، أيضاً بدعوى ضمان الاستحقاق الكلي. بينما لا يتحقق الاستحقاق الكلي، إذا رتب «المالك» حقاً عينياً، انتقل به العقار مثقلاً إلى المشتري.

فيظل البائع ملتزماً رغم الإقرار بضمان الاستحقاق، وكذا، بضمان العيوب الخفية.

- أما بعد الإقرار، فلا يكون للمالك، أن يرتب أي حق عيني على المبيع. بل إنه يلتزم من تاريخ الإقرار بكل التزامات البائع. وهذه المسألة، قسمت الفقه إلى قسمين رئيسيين. فالبعض يرى أن الإقرار يؤدي إلى اعتبار المقر متضامناً مع البائع، بحيث يعتبر العقد - بعد إقرار المالك الحقيقي - كأنه صدر منهما معاً أي من البائع، والمالك. ويترتب على ذلك نتيجة مؤداها، أن البائع وهو متضامن تبرأ ذمته. ولا يكون على المالك في نفس الوقت أن يتحمل وحده بالتزامات العقد(٥٠٤).

وذهب رأي آخر، بأن المقر يحل محل البائع في الحقوق، والالتزامات الناشئة عن عقد البيع، ويترتب على ذلك براءة ذمة البائع تماماً، فلا يتحمل بها سوى المقر «المالك الحقيقي»(٥٠٥). ويذهب البعض - من أنصار هذا الرأي - بأن البائع لا تبرأ ذمته عن الالتزامات التي يرتبها عقد البيع إلا بالوفاء بها إما من جانبه، أو من جانب المالك «المقر» - فإن أخل الأخير بهذه الالتزامات عد البائع مسؤولاً معه عن ذلك(٥٠٦) فيقترب هذا الرأي من سابقه، إذا أخل المالك بالتزامات البيع. ويقترب من حلول المقر محل البائع، إذا لم يقع إخلال من المالك، «المقر» بالالتزامات المتولدة عن العقد.

- ويذهب رأي آخر، بأن إقرار البيع من قبل المالك الحقيقي لا يعني براءة ذمة البائع عن الالتزامات الناشئة عن البيع. فيبقى رغم الإقرار ملتزماً بضمان الاستحقاق، عن الحقوق العينية التي رتبها المقر على المبيع في الفترة من تاريخ إبرام

(٥٠٤) في عرض الرأي - الأهواني/ ص٢١٣/ بند ٢٧٩.
(٥٠٥) البدراوي/ ص٩٥٠.
(٥٠٦) سليمان مرقس/ ص٥٣٦/ بند ٢٩٦.

البيع إلى حين صدور الإقرار. كذا يلتزم بضمان العيوب الخفية خلال الفترة المذكورة[٥٠٧] إذا توافرت الشرائط الأخرى.

وعندنا، أن إقرار المالك البيع، يزيل عقبة في طريق بيع ملك الغير وبه، يصبح البيع نافذاً في مواجهته. ولعل هذا، ما قصده المشرع الكويتي بالنص على أن انتقال الملكية لا ينتقل إلا بإقرار المالك البيع. فثمة عقبة تحول دون انتقال الملكية إلى المشتري، إذا صدر البيع عن غير مالك وبإقرار المالك الحقيقي تزول هذه العقبة. مع مراعاة حقوق الغير التي رتبها المالك في الفترى بين إبرام العقد، وصدور الإقرار.

وأيا ما كان الأمر، فإن الإقرار الصادر من المالك، قد يكون صريحاً، وقد يكون ضمنياً وقضى - تبعاً لذلك - بأن من الخطأ، عدم اعتبار توقيع المالك على عقد البيع الصادر من زوجته كضامن متضامن إقراراً بالبيع بمقولة إن الإجازة الصادرة من المالك الحقيقي، يجب أن تصدر في صيغة إجازة صريحة[٥٠٨].

- تملك البائع للمبيع

٣١٦ - لمّا كانت القاعدة، أن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى غيره حقاً لم يؤول إليه. فمعنى ذلك، أن تملك البائع للمبيع، يعني نفاذ البيع في مواجهته، فتنقل الملكية إلى المشتري، ويتحمل البائع بكافة الالتزامات المتولدة عن البيع[٥٠٩]

---

(٥٠٧) السنهوري/ ص٢٩٦ - وفرق بين الإقرار - على هذا النحو، والإجازة. فالإقرار Ratification، عمل قانوني، يصدر من شخص ليس طرفاً في العقد، وبه يصبح العقد نافذاً في مواجهته، كما هو الشأن في إقرار المالك الحقيقي، البيع الصادر من الغير. أما الإجازة Confirmation، فتصدر من طرف في العقد، هو من تقرر الإبطال لمصلحته، وبها يتنازل عن حقه في طلب الإبطال. وهذه التفرقى مستقرة الآن في القانون المدني الكويتي، حين كانت الإجازة تنصرف في أحكام المجلة العدلية إلى معنى الإقرار. وعلى هذا لا يكون للمالك الحقيقي، إجازة بيع ملك الغير، وإنما إقراره.

(٥٠٨) نقض ٢٠/٤/١٩٥٠ - شعلة - ص٤٥١ - رقم (٢).

(٥٠٩) في هذا المعنى - نقض ١١/١١/١٩٥٤ - شعلة - ص٤٥١ - رقم ٣.

كما تنتقل - تبعاً لذلك - هذه الحقوق، وتلك الالتزامات من كل من الطرفين إلى وارثه. ومؤدى ذلك التزام وارث البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري أو وارثه، وبعدم التعرض له في الانتفاع بالمبيع، أو منازعته فيه.

- وأياً ما كان الأمر، فإن أيلولة المبيع إلى البائع، أو ورثته، لا يعني - في نظرنا - انقلاب البيع صحيحاً في حق المشتري. فهو من قبل ذلك صحيح، بيد أنه غير نافذ قبل المالك الحقيقي[٥١٠]. وهو ما نفهمه من نص المادة ٥٠٩ من القانون المدني الكويتي.

---

(٥١٠) عكس ذلك نقض ٢٥/١٢/١٩٨٥ - شعلة - ص٤٥٦ - رقم ١٨ - وكذا، توفيق فرج / ط١٩٨٥ / ص١٢٧ / بند ٨٠ - أخذاً من نص الفقرة الثانية للمادة ٤٦٧ مدني مصري - والحكم مختلف في القانون الكويتي.

المطلب الثالث
بيع الحقوق المتنازع فيها:

نصوص قانونية: تعليق

٣١٧ – تنص المادة ٥١٠ مدني، على أنه، إذا بيع حق متنازع فيه، كان لمن ينازع البائع أن يسترده من مشتريه إذا رد له ما دفعه من ثمن وما تكبدة من مصروفات ويعتبر الحق متنازعاً فيه، إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى، أو قام في شأنه نزاع جدي[٥١١].

ويسقط حق الاسترداد طبقاً للمادة ٥١١ بمضي ثلاثين يوماً من تاريخ علم المسترد بالبيع.

واستثناء من الحكم الوارد بالمادة ٥١٠ – نصت المادة ٥١٢ على عدم جواز الاسترداد في الأحوال الآتية: (أ) أموال بيعت بثمن واحد (ب) إذا كان الحق شائعاً، وباع أحد الشركاء نصيبه فيه لشريك آخر (حـ) إذا كان الحق تصرف فيه صاحبه وفاء لدين مستحق في ذمة الدائم (د) إذا كان الحق مضموناً برهن يثقل عقاراً، وبيع الحق لحائز هذا العقار[٥١٢].

- وتهدف هذه النصوص – على ما ورد بالمذكرة الايضاحية[٥١٣] إلى منع المضاربات في الحقوق المتنازع عليها. لأن وجود الحق المبيع، وثبوته يتوقف على مصير النزاع القائم بشأنه مما يجعل مشتريه مخاطراً، ومضارباً. فهو مخاطرة إذا ثار بشأنه نزاعت بين صاحبه، وبين شخص آخر كالمدين به. ومن المحتمل تبعاً لذلك الا يثبت الحق لصاحبه. ويكون مضارباًد إذا عمد صاحب الحق كوسيلة للحصول على حقه، إلى التنازل عنه للغير، بثمن أقل من قيمة المبيع الحقيقية. فيكون المشتري – لذلك مضارباً بشرى الحق بأقل من قيمته.

---

(٥١١) ويقابله نص المادة ٤٦٩ مدني مصري.
(٥١٢) ويقابله نص المادة ٤٧٠ مدني مصري.
(٥١٣) ص ٣٩١.

- ولذا، فقد خول المشرع لمن عليه الحق المتنازع فيه، استرداده، إذا رد إلى مشتريه ما وقعه من ثمن، ومصروفات، واستثنى من ذلك حالات معينة على النحو الآتي:

١ - حق الاسترداد:

٣١٨ - يكون لمن عليه الحق المتنازع فيه - أخذاً من نص المادة ٥١٠ سالفة الذكر أن يسترده، ويتخلص بذلك من المطالبة. إذا رد للمشتري الثمن، والمصروفات التي تكبدها في سبيل اكتساب الحق المتنازع فيه - ولا يهم بعد ذلك أن يكون الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً، أو عينياً فالاسترداد جائز في بيع الحق المنازع فيه عموماً[٥١٤].

ويعتبر الحق متنازعاً فيه، إذا رفعت بموضوعه دعوى، أو قام في شأنه نزاع جدي.

وفي الحالة الأولى، يلزم أن تتعلق الدعوى بموضوع الحق. فإذا تمسك المدعي عليه بدفع شكلي، أو بعدم القبول لرفع الدعوى من غير ذي صفة فإن الحق تبعاً لذلك، لا يعتبر متنازعاً فيه، ولا يثور بالتالي - مسألة الاسترداد.

- ويظل الحق متنازعاً فيه، طالما كان من الجائز الطعن في الحكم الصادر بشأنه.

- فإذا حاز الحكم الصادر في الدعوى قوة الأمر المقضى به، أصبح مؤكداً وغير متنازع فيه[٥١٥].

- كذا، يعتبر الحق متنازعاً فيه، ولو لم ترفع بموضوعه دعوى أمام القضاء ولكن ثار بشأن نزاع جدي، وهي مسألة واقع يترك تقديرها لمحكمة الموضوع.

---

(٥١٤) قرب - تناغو/ ص ٣٩١/ بند ٩٣.

(٥١٥) السنهوري/ ص ١٩٨/ بند ١٠٥.

- ولا يكون الاسترداد جائزاً في القانون الكويتي إلا إذا كان التصرف بيعاً ينطوي على معنى المخاطرة، أو المضاربه - على ما سبق بيانه[٥١٦].
- وفي كل الحالات فإن حق الاسترداد يسقط بمضي ثلاثين يوماً من تاريخ علم المسترد بالبيع، وذلك عملاً على استقرار المراكز القانونية[٥١٧].

٢ - استثناءات:

٣١٩ - لّما كانت الحكمة من الاسترداد، كما قدمنا - منع المضاربات في الحقوق المتنازع عليها، فإذا انتفت الحكمة بأن كان البيع، لا ينطوي على أيه مضاربه. امتنع - تبعاً لذلك - الاسترداد من المشتري - ويتحقق ذلك في حالات عدة هي:

- أن يكون الحق المتنازع فيه يدخل ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً بثمن واحد كبيع التركة - أي بأن كان الحق المتنازع فيه جزءاً من تركة، وبيعت التركة كلها، جملة واحدة، بثمن واحد. فإن الحق المتنازع فيه، يفنى داخل التركة فلا يعرف ثمنه بالذات، فيمتنع الاسترداد.
- إذا كان الحق المنازع فيه شائعاً، والشيوع صورة من صور الملك، فيها يتعدد على الشيء الواحد أكثر من حق ملكية، بحيث يكون لكل من الملاك حصة في مجموع المال المملوك[٥١٨] فإذا باع أحد الشركاء نصيبه في الشيوع إلى شريك آخر، انتفت المضاربة، فامتنع - تبعاً لذلك - الاسترداد.
- إذا كان الحق قد تصرف فيه صاحبه لدائن له، وفاء لدين مستحق في ذمته لأن في ذلك معنى استيفاء الحقوق، ولا ينطوي على المضاربة التي تخول الاسترداد.

---

(٥١٦) وفي القانون المصري، فإن التصرف الذي يثبت على أثره الحق في الاسترداد، لا يقتصر على البيع وذلك أخذا من نص المادة ٤٦٩ مدني التي تقضى، بأنه إذا كان الحق المتنازع فيه، قد نزل عنه صاحبه إلى. . . .» والدول كما يكون بالبيع، يكون الكويتي.

(٥١٧) المذكرة الإيضاحية تعليقاً على نص المادة ٥١١ مدني / ص ٣٩٢.

(٥١٨) شكري سرور/ ص ٢٨٥/ بند ٤١٨.

- وأخيراً، لا يجوز لمن ينازع البائع أن يسترد الحق المنازع فيه، إذا كان مضموناً برهن يثقل عقاراً وبيع هذا الحق إلى حائز العقار. ذلك أن الحائز لا يعد مضارباً، بل يقصد - في هذا الفرض - تخليص العقار الذي آل إليه من الحق الذي يثقله، فيما يعرف بالتطهير.

٣ - تطبيقات:

٣٢٠ - بقى، القول، أن المشرع الكويتي، قد أورد تطبيقات عدة على التعامل في الحقوق المتنازع عليها. فحظر على القضاة وأعوانهم شراء الحقوق المتنازع فيها، إذا توافرت الشروط الواردة ٥١٣ من القانون المدني.

كما حظر على السماسرة، وغيرهم بالمادة ٥١٤ مدني شراء الحقوق المعهود إليهم بيعها... كما حرص المشرع كذلك على أن يمتد الحظر المنصوص عليه بالمادتين السابقتين على الأزواج.. والأقارب، والأصهار حتى الدرجة الثانية.

ونلفت النظر - بأن هذا المنع من الشراء خاص بنوع معين من الحقوق هي «المتنازع عليها» وطائفة محددة من الأشخاص.

وسوف نعرض بداية لمنع القضاة، وأعوانهم من شراء الحقوق المتنازع عليها ثم منع السماسرة، وغيرهم، شراء الحقوق المعهود إليهم بيعها...

أ - منع القضاة، وأعوانهم من شراء الحقوق المتنازع عليها:

نص قانوني:

٣٢١ - نصت المادة ٥١٣ من القانون المدني على أنه لا يجوز للقضاة، ولا لأعضاء النيابة، ولا للمحامين، ولا لكتبة المحاكم، ولا لمأموري التنفيذ أن يشتروا، ولو باسم مستعار حقاً متنازعاً فيه، والا كان البيع باطلاً.

ولا شك - بداية أن المشرع عندما حظر على رجال القضاء، شراء الحقوق المتنازع عليها، كان يهدف إلى الرغبة في إبعادهم عن مواطن الشبهات. فيتأثر بذلك سير العدالة، فالقاضي يمكنه - استغلال مركزه - لإيهام الخصوم بضعف موقفهم، وحملهم بالتالي على بيع حقوقهم بصمن بخس. أو يستطيع محاباة زملاؤه، والحكم لمصلحتهم، ولذا، ورد النص، آمرا لا يجوز الإتفاق على مخالفته،

وقد حدد المشرع - على سبيل الحصر - الأشخاص، والحقوق التي يسري عليها الحظر - وهو ما نوضحه على النحو التالي:

(أ) الأشخاص الممنوعون من الشراء:

٣٢٢ - ذكرنا أن المشرع حدد، حصراً الممنوعون من الشراء. وأول هؤلاء هم القضاة، التابعون لأي جهة قضائية. سواء كانت جهة القضاء المدني، أو قضاء الأحوال الشخصية، وسواء كانت جهة القضاء عادية أو استثنائية «محاكم أمن الدولة مثلا...» ويرى البعض تحقيقاً للحكمة من النص، امتداد الحظر الوارد بالمادة ٥١٣ إلى كل أعضاء إدارة الفتوى والتشريع، سواء من يتولى منهم الدفاع عن الحكومة، أو من يعمل في الإفتاء أو مراجعة التشريعات[٥١٨م].

ويشمل المنع كذلك، أعضاء النيابة، والمحامين، وكتبة المحكمة، ومأموري التنفيذ، أما غير هؤلاء فلا يمتد الحظر إليهم. وبذا، يجوز لعمال المحاكم مثلا، أو وكلاء المحامين، شراء الحقوق المتنازع عليها، ذلك أن المنع من الشراء، يعتبر استثناءً على الأصل العام والاستثناء لا يقاس عليه، ولا يتوسع في تفسيره، ولذا، أورد المشرع حصراً - كما ذكرنا - الأشخاص الممنوعون من الشراء، فلا يمتد لغيرهم.

٣٢٣ - ولنا ملاحظات عدة على النص السابق.

١ - أن المشرع الكويتي، جعل حظر الشراء عاماً على رجال القضاء، وأعوانهم، أي يمتد ليشمل دولة الكويت أمام جميع المحاكم، في جميع أنحاء القطر[٥١٩].

٢ - ويجب أن تثبت صفة الموظف، التي تستوجب المنع من الشراء، وقت الشراء، لا بعد ذلك. وتفريعاً على هذا، فإن المشتري، إذا تعاقد، على حق متنازع فيه ولم يكن قاضياً، ثم اكتسب هذه الصفة فيما بعد لم يبطل عقده. ولا يكون لتغير صفته أثر رجعي يستند إلى وقت ابرام العقد.

(٥١٨م) الأهواني/ مرجع سابق/ موضع سابق.

(٥١٩) بينما يقتصر نطاق الحظر في القانون المصري على شراء الحقوق المتنازع عليها إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها باعتبار أنه خارج الدائرة التي يباشر فيها القاضي عمله، يصبح فرداً كسائر الأفراد فلا يقوم بشأنه شبهة الحظر - السنهوري/ ص ١٩٨.

٣ - وأن تحريم الشراء يشمل القضاة، وأعوانهم سواء تم الشراء باسمهم، أو باسم مستعار، أو بتسخير الغير - فالحكمة من المنع تتحقق في كل هذه الحالات، ومتى ثبت أن الشراء للحق المتنازع عليه تم لمصلحتهم، وجب ابطال الشراء. ويجوز اثبات ذلك بكافة الطرق.

٤ - ويلاحظ أخيراً، أن الحظر المنصوص عليه آنفاً، يشمل الأزواج، والأقارب والأصهار حتى الدرجة الثانية تأكيداً للحكمة من الحظر، وإغلاقاً لأبواب التحايل على النص.

ب - الحقوق، الوارد عليها الحظر.

٣٢٤ - لا ريب أن منع القضاة، وأعوانهم، لا يمتد ليشمل شراء أي حق من الحقوق. وإنما يتعلق المنع بشراء نوع واحد منها، هو الحقوق المتنازع عليها. فإذا لم يكن الحق متنازعاً عليه. فلا يمنع هؤلاء من شراءه وبذا، يثور التساؤل بصدد معنى الحق المتنازع عليه؟ ونبادر إلى القول بأن الفقرة الثانية للمادة ٥١٣ من القانون المدني قد عرفت الحق المتنازع فيه بقولها، ويعتبر الحق متنازعاً فيه، إذا كان موضوعه، قد رفعت به دعوى، أو قام في شأنه نزاع جدي[٥٢٠].

فالحق إذن يكون متنازعاً فيه ليس فقط، إذا رفعت دعوى بشأنه وإنما يكون كذلك، متى ثار نزاع جدي في شأنه. وفيما يتعلق برفع الدعوى فإنها يجب أن تتعلق بموضوع الحق. ويتفرع عن ذلك، إذا كان النزاع يتعلق بمسألة إجرائية من مسائل الدعوى، كصحة الاعلان مثلاً، أو صحيفة الدعوى، أو عدم توافر الصفة، فإنها لا تتعلق بموضوع الدعوى، ولا تجعل الحق - تبعاً لذلك - متنازعاً فيه. وبذا، لا يشمله الحظر الوارد بنص المادة ٥١٣ من القانون المدني.

كذا، يعتبر الحق متنازعاً فيه، ولو صدر حكم بشأنه، طالما أن مواعيد الطعن في الحكم لا تزال قائمة. فإذا انقضت مواعيد الطعن، وأصبح الحكم حائزاً لقوة الأمر المقضى، فإن الحق يصبح غير متنازع فيه، ولا ينطبق الحكم الوارد بنص من ٥١٣ من القانون المدني.

---

(٥٢٠) السنهوري/ ص ١٩٨/ هـ (١) والأهواني/ ص ٨٣.

ويكون الحق متنازعاً فيه كذلك، إذا قام في شأنه نزاع جدي بحيث يجعل نظرة أمام القضاء قريب الاحتمال. على أن تحديد ما إذا كان ثمة نزاع جدي من عدمه مسألة واقع، تستقل بتقديرها محكمة الموضوع دون رقابة محكمة التمييز. أما تحديد الأسباب التي حدت بمحكمة الموضوع تقرير وجود نزاع جدي من عدمه، فهي مسألة قانونية، تخضع فيها لرقابة محكمة التميز[٥٢١].

- وهذا المسائل، كرستها محكمة النقض، بقضائها، على أنه «يعتبر الحق متنازعاً فيه في حالتين: الأولى، إذا رفعت به دعوى كانت مطروحه على القضاء، ولم يفصل فيها بحكم نهائي، وقت البيع، والثانية أن يقوم في شأن الحق المبيع، نزاع، ويستوى أن يكون النزاع منصباً على أصل الحق أو انقضائه[٥٢٢].

٣٢٥ - ويشترط فضلاً عن ذلك أن يكون الحق محل نزاع، وقت الشراء، سواء تمثل النزاع في رفع دعوى أمام القضاء بموضوعه، أو قام في شأنه نزاع جدي يجعل عرضه على القضاء أمراً قريب الإحتمال. وعلى ذلك إذا لم يكن الحق محل نزاع على الإطلاق وقت الشراء، أو حدث أن قام نزاع بشأنه، وفصل فيه نهائياً، قبل الشراء. فلا يتحقق الحكمة، من المنع المنصوص عليه بالمادة ٥١٣ مدني، كذا، لا يمنع القضاء وأعوانهم، الوارد ذكرهم حصراً بالمادة السابقة من شراء الحقوق التي لم تكن محل نزاع وقت الشراء وإن رفعت بشأنها دعوى - فيما بعد - ما دام أنه لم يكن ثمة وقت الشراء ما يدل على إحتمال المنازعة فيه.

(ح) الجزاء المقرر للمنع:

٣٢٦ - ورد بعجز المادة ٥١٣ من القانون المدني، صراحة الجزاء المترتب على مخالفة المنع، فقالت «... وإلا كان البيع باطلاً»، والبطلان - هنا - هو البطلان المطلق، لتعلق المنع بالنظام العام - كما ذكرنا - ولذا، يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يجوز اجازته كما يجوز لكل ذي مصلحة، التمسك بالبطلان بما

---

(٥٢١) السنهوري/ بند ١٠٥ - ونقض ١٩٦٧/٨/١٥ - أحكام النقض - س ١٨ - ص ١٠٠.
(٥٢٢) نقض ١٩٨٢/٥/٢٠ شعلة - ص ٤٦١ رقم ١٠ - نقض ١٩٨٠/٥/١٥ أحكام النقض س ٣١ - ص ١٣٧٣،

في ذلك البائع نفسه، والمنازع في الحق، والغير، ويمكن الدفع بالبطلان في أية حالة كانت عليها الدعوى، أي، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، أو التمييز، فالدفع، يتعلق - كما أسلفنا - بالنظام العام.

٢ - منع السماسرة، والخبراء شراء الحقوق المعهود إليهم، بيعها، أو تقدير قيمتها أو مباشرة الخبرة في شأنها:

٢٢٧ - نصت على هذا المنع المادة ٥١٤ من القانون المدني، كما تناوله قانون التجارة كذلك بالمادتين ٤١٢ و٤١٣ - ويمقتضى هذه النصوص، لا يجوز للسماسرة، ولا للخبراء، أن يشتروا، ولو باسم مستعار الأموال المعهود إليهم في بيعها، أو في تقدير قيمتها، أو مباشرة الخبرة في شأنها.

والحظر الوارد بالنص لا ينسحب إلا للسماسرة، والخبراء، فلا يمتد لغير هؤلاء.

ويلاحظ أن الأموال التي يسري عليها الحظر، بالنسبة للسماسرة، والخبراء هي الأموال التي يعهد إليهم من قبل الجهة المختصة ببيعها، أو في تقدير قيمتها، أو مباشرة الخبرة بشأنها.

ويسري الحظر على شراء الأموال السابقة، سواء كان الشراء بالممارسة، أو بطريق المزايدة العلنية، وهذا الحكم، تمليه القواعد العامة في النيابة عن الغير.

كما يسري الحظر، سواء على شراء كل الأموال المعهود إلى هؤلاء بيعها أو تقدير قيمتها، أو ممارسة الخبرة بشأنها. أو بعضها فقط، لتوافر الحكمة من الحظر في الحالتين. وسواء تم الشراء بالاسم الشخصي، أو باسم مستعار كما أن م ٥١٥ من القانون المدني تمد نطاق الحظر، ليشمل أزواج هؤلاء وأقاربهم، وأصهارهم حتى الدرجة الثانية دفعاً لكل شبهة.

جزاء مخالفة المنع من الشراء:

٣٢٨ - إذا خالف السمسار، أو الخبير، أحكام الحظر المنصوص عليه فأقدم على شراء المال الذي عهد إليه بيعه، أو تقدير قيمته، أو ممارسة أعمال الخبرة بشأنه فإن العقد، لا يكون باطلاً مطلقاً كما هو الشأن بالنسبة لمنع رجال القضاء، وأعوانهم. وإنما يمكن تصحيح العقد المخالف إذا أقره الأصيل الذي تم البيع لحسابه.

المطلب الرابع
البيع في مرض الموت

نصوص قانونية، ملاحظات:

٣٢٩ - نصت المادة ٥١٩ مدني، على أنه يسري على بيع المريض، مرض الموت أحكام المادة ٩٤٢ - ومع ذلك لا تسري هذه الأحكام اضراراً بالغير حسن النية، إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على المبيع.

- بينما، تقضي المادة ٩٤٢ مدني بأن كل تصرف قانوني يصدر من شخص في مرض الموت، بقصد التبرع، يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية.

وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف تم من المورث وهو في مرض الموت، ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق.

- يلاحظ بداية أنه إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت العكس.

- ملاحظات:

- إذ حمّلنا النص الأول على الثاني، يتضح، بأن المشرع، قد وضع قاعدة عامة، في تصرفات المريض - مرض الموت بحيث اعتبرها تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية. واستثني من ذلك، أن يكون الغير حسن النية، قد كسب بعوض حقاً عينياً على العين المبيعة وهي في هذه الحالة لا تسري أحكام الوصية، إضراراً به.

٣٣٠ - ويلاحظ، كذلك، بأن المشرع، وإن وضع قاعدة عامة في تطبيق أحكام الوصية على تصرفات المريض، مرضى الموت، ما لم يكن في ذلك إضرارا بالغير حسن النية، الذي اكتسب حقاً عيناً «ملكة - أو رهن.. الخ» على العين المبيعة - إلا أنه لم يعرف، المقصود بمرض الموت، وترك هذه المسألة لاجتهاد الفقه، وإن أشارت المذكرة الأيضاحية خصوصاً إلى الفقه الحنفي[٥٢٣].

---

(٥٢٣) المذكرة الإيضاحية، تعليقاً على المادة ٥١٩ مدني - ص ٣٩٤.

ونعرض - فيما يلي - للمقصود بمرض الموت، وحكمه:

١ - المقصود بمرض الموت:

٣٣١ - هو المرض الذي يغلب فيه الموت، ويتصل به الموت فعلاً، ولو وقع لسبب آخر غير المرض - ويلحق بمرض الموت، ويأخذ حكمه كل حالة يغلب فيها الهلاك ولا يفلت الشخص فيها من الموت عادة[٥٢٤]. ومعنى ذلك أنه إذا شفي المريض من مرضه، أو أفلت الشخص من الهلاك. فلا تنطبق الأحكام الواردة بنص المادة ٥١٩ مدني.

- ولمّا كانت أموال المريض، مرض الموت، يتعلق بها حق دائنيه، وكذا حق ورثته في حدود ثلثي هذه الأموال. فقد نص المشرع على أحكام خاصة، في تصرفات المريض مرض الموت قصد بها حماية دائنيه، وورثته.

٢ - حكم تصرفات المريض مرض الموت:

٣٣٢ - أحال المشرع الكويتي، لتحديد حكم تصرفات المريض مرض الموت إلى نص م٩٤٢ مدني والتي تقضي بدورها، تطبيق قواعد الوصية على هذه التصرفات. بحيث لا يجوز فيما يجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المال محل التصرف. وإلا فإن الزيادة لا تكون نافذة في حق الورثة إلا بإقرارهم. وإنما تعود إلى التركة - مرة أخرى - وتقسم على الورثة، كل بحسب نصيبه.

- وقد يعمد الموصى - تحايلاً على القواعد الآمرة في الوصية، وأهمها عدم جواز الإيصاء فيما يجاوز ثلث التركة - إلى جعله تصرفه في صورة بيع، لا وصية - ولذا، وضع المشرع قرينة - بالفقرة الثانية للمادة ٩٤٢ مدني - مؤداها، أن كل تصرف صادر من مرضى الموت، هو تصرف على سبيل التبرع، ومن ثم يأخذ حكم الوصية، اعتباراً بأن المريض «وهو على شفا الموت، إذا تبرع بماله فإنما يقصد أن ينقل هذا المال إلى غيره بعد موته، ولا يكون ذلك إلا عن طريق الوصية، وبقيودها. . .»[٥٢٥]. وبذا، لا يكون جائزاً إلا في حدود الثلث. وما زاد عن ذلك، غير نافذ في حق الورثة إلا إذا أقروه، بعد الوفاة. ولا يمكن إعمال هذه

---

(٥٢٤) فيما ورد عن المذكرة الإيضاحية، تعليقاً على م٥١٩ مدني/ ص٣٩٤.

(٥٢٥) المذكرة الإيضاحية/ ص٣٩٥.

القرينة، إلا إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم، وهو في مرض الموت. وقد تواتر قضاء النقض بأن الوارث لا يعتبر في حكم الغير - بحسب الأصل - فيما يتعلق بالتصرفات الصادرة من مورثه. أو بالنسبة للتاريخ العرفي لهذه التصرفات أما إذا كان القصد من تصرف المورث الذي يطعن فيه الوارث هو الإضرار بحق الوارث في الميراث، فإن هذا الأخير يعتبر في حكم الغير. وبذا، يكون له أن يثبت، بجميع وسائل الإثبات وقوع التصرف في مرض الموت على خلاف التاريخ العرفي المذكور في التصرف(٥٢٥م) ولعل هذا ما قصده المشرع الكويتي، حين، خوّل ورثة المتصرف، الإثبات بجميع الطرق، بأن تصرف مورثهم صدر في مرض الموت. فيكون لهؤلاء إثبات عدم صحة تاريخ الورقة العرفية - وبوقوع التصرف فعلاً في مرض الموت. وبأن تغيير التاريخ قصد به التحايل على القانون. فإذا أثبت الورثة التاريخ الحقيقي للتصرف وبأنه صدر من مرضى الموت، فإن ذلك قرينة على أن التصرف صدر على سبيل التبرع ويأخذ - تبعاً لذلك - حكم الوصية.

عدم سريان أحكام الوصية، استثناء

٣٣٣ - وأخذاً من المادة ٥١٩ مدني، فإن أحكام الوصية، لا تنطبق استثناء على تصرفات المريض، مرض الموت - أي حتى، وإن ثبت أنها صدرت في مرض الموت - إذا كان ذلك يمس بحقوق الغير حسن النية، إذا اكتسب هذه الحقوق بعوض(٥٢٦).

ويقصد بالغير حسن البنية، ذلك الذي لايعلم وقت إبرام العقد بأن ملكية المتصرف.

وعلى ذلك إذا اشترى الغير من المتصرف إليه عقاراً، وهو حسن النية وقام بتسجيله. فإن الورثة، لا يمكنهم - التمسك بأحكام الوصية، واسترداد العقار من هذا المشتري(٥٢٧).

(٥٢٥م) مثلاً/ نقض ١٩٥٦/٢/٢٣ - أحكام النقض / ص٧ / ص٢٤٤.

(٥٢٦) وهذا الحكم استمده المشرع الكويتي من المادة ٤٧٨ من القانون المدني المصري - المذكرة الإيضاحية/ ص٣٩٦.

(٥٢٧) تناغو/ ص٤١٦/ بند ٩٩.

المطلب الخامس
بيع السلم

النصوص القانونية، ملاحظات:

٣٣٤ - عرفت المادة ٥١٩ مدني مكرراً[٥٢٨] بيع السلم على أنه بيع مؤجل التسليم بثمن معجل.

بينما حددت المادة ٥١٩ مدني مكرراً (أ) شروط المسلم فيه «الثمن» بأن يكون معلوم الجنس، والنوع، والصفة، والقدر، وبأن يكون مما يمكن ضبط صفته بالوصف، وبأن يكون ممكن الوجود عند حلول الأجل.

وتشترط المادة ٥١٩ مدني مكرراً (ب) في الثمن «رأس المال» أن يكون معلوماً وأن يتم الوفاء به عند التعاقد.

- وإذا تعذر المسلم فيه (المبيع) لانقطاع جنسه عند حلول الأجل، جاز للمسلم (المشتري) فسخ العقد، واسترداد رأس المال - م٥١٩ مدني مكرراً (د).

٣٣٥ - ويلاحظ على النصوص السابقة، ما يلي:

أولاً - كان بيع السلم «وهو بيع شيء غير موجود، ولكنه ممكن الوجود» منصوصاً عليه بمجلة الأحكام العدلية، التي نظمت أحكام البيع في الفترة منذ عام ١٩٣٨. وعندما صدر التقنين المدني الحالي، لم يرد به نص خاص ببيع السلم، لعدم الحاجة إليه، واكتفاء بالنص على أن بيع الشيء المستقبل جائز، إلا إذا كان وجوده، مرتبطاً بمحض الصدفة - م١٦٨ مدني.

واستناداً إلى هذا النص، يجوز بيع المحصولات المستقبلة، وبيع المباني تحت الإنشاء، وبيع منتجات المصنع التي لم يتم الانتهاء منها.... وغير ذلك.

- وتلافياً للمخاطرة، أو المضاربة، حظر المشرع الكويتي بيع الشيء المستقبل الذي يعلق وجوده على محض الصدفة.

---

(٥٢٨) مضافة بقانون رقم ١٩٩٦/١٥ المعدل لبعض أحكام القانون المدني - الجريدة الرسمية (الكويت اليوم) - ع - ٢٤٩ / س٤٢ / ٢ يونيه ١٩٩٦.

- وكان بيع الشيء المستقبل على النحو السابق - يخضع للقواعد العامة في عقد البيع، وأخصها عدم اشتراط قبض الثمن وقت إبرام العقد.

- وكذا، اشتمل قانون التجارة على فروض يمكن فيها للمشتري المضاربة على وجود الشيء **فنصت المادة ١٢١ منه** على جواز بيع شيء لاحظ المتبايعان وقت العقد احتمال تلفه. فإن تحقق التلف، لا يسترد المشتري الثمن.

- **وفي مرحلة لاحقة**، ارتأى المشرع الكويتي، تعديل بعض نصوص القانون المدني توافقاً، والأخذ بأحكام الفقه الإسلامي. ومن ذلك، إضافة مواد جديدة تنظم بيع السلم. وورد تبريراً لذلك، أن هذا النوع من البيوع «يشكل موضوعاً مهماً في الفقه الإسلامي، ويستجيب لحاجة التعامل على نطاق واسع في الوقت الحاضر سواء مع المصارف، أو الشركات، أو الأفراد. ولأن بعض القوانين، أو مشروعات القوانين في البلاد العربية قد أخذت به. فضلاً عن أن مجلة الأحكام العدلية، قد سارت عليه منذ زمن طويل»(٥٢٩).

٣٣٦ - ومقارنة بين بيع السلم بالمادة ٥١٩ مكرراً مدني، وبيع الشيء المستقبل **بالمادة ١٦٨ مدني**، يبين أن الأول، يشترط فيه قبض الثمن «رأس المال» في مجلس العقد. وأن يكون المبيع «المسلم فيه» غير منقطع النوع. بينما لا يشترط ذلك في بيع الأشياء المستقبلة(٥٣٠)، وعليه، يكون بيع الأشياء المستقبلة، باطلاً، في فقه الشريعة الإسلامية، ما لم يكن سلماً.

كذا، يختلف بيع السلم، بوصفه يكفل للبائع، الحصول على مال عاجل مقابل شيء «مسلم فيه» آجل عن البيوع مؤجلة التسليم، التي يقصد منها غالباً، المضاربة على فروق الأسعار، كما هو الشأن في بيوع البورصة سواء كان محل البيع بضائع، أو أوراق ذات قيمة مسعرة. وبه تنتهي الصفقة «ليس بالتسليم العيني

(٥٢٩) اقتراح التعديل «اللجنة التشريعية» يوليو ١٩٩٤ - ص١٠.

(٥٣٠) والحقيقة أن هذه الشروط، قال بها أصلاً الحنفية، بينما تحققت المذاهب الأخرى إلى حد بعيد - من هذه القيود - كالشافعية، والمالكية، وعندهما، يجوز السلم في المعدوم إذا غلب على الظن وجوده، وقت الوفاء.

للمبيع، وإنما بدفع الفرق، فإن ارتفع السعر، دفع البائع الفرق، وإن نزل، تحمل المشتري بالفرق»[٥٣١].

٣٣٧ - وأخيراً، يختلف بيع السلم، عن بيع الشيء غير الموجود، أخذاً من **نص م١٢١** من قانون التجارة. فالأول خاصيته أن المبيع، لا الثمن هو المؤجل، مع تقييد ذلك بشروط الهدف منها منع المضاربة، أو المخاطرة. بينما، بيع الشيء غير الموجود، المنصوص عليه بالمادة المذكورة، يحتمل في نظرنا من الضرر، أو المخاطرة، ما لا يحتمله بيع السلم. فإعمالاً للنص المذكور يجوز بيع شيء لاحظ المتبايعان، وقت العقد، احتمال تلفه، فإن تحقق التلف لا يسترد المشتري الثمن. فالمشتري يبرم العقد، على مبيع، يحتمل التلف بثمن أقل - بطبيعة الحال - فإن تلف فعلاً، وقع عليه عبء الخسارة، فلا يكون الحق في استرداد الثمن. وإن حدث العكس، فإن المشتري يحقق مكسباً هو الفرق بين ثمن المبيع، المحتمل التلف، وثمن المبيع العادي.

- كذا، يلاحظ، بأن الأصل في الفقه الإسلامي، أن بيع المعدوم يقع باطلاً، ويستثنى من ذلك بيع السلم، الذي قيده الحنفية بشروط، تكسبه سمة خاصة. أو على الأقل تميزه عن بيع المعدوم. بحيث يرى البعض - بحق -[٥٣٢] بأن بيع السلم إذا تحلل من هذه القيود، وأمكن تأجيل دفع الثمن إلى وقت تسليم المبيع، ولم يشترط عدم انقطاع المبيع من وقت البيع إلى وقت حلول الأجل لأمكن القول بأن السلم «هو الطريق الذي يؤدي إلى جواز بيع المعدوم في الحال في الفقه الإسلامي».

- وعلى أية حال، فإن بيع الشيء المستقبل، الأصل فيه، أنه باطل في فقه الشريعة الإسلامية، كونه يتضمن قدراً كبيراً من المجازفة. ما لم يكن الثمن قد قدر فيه على أساس سعر الوحدة، كبيع المبنى تحت الإنشاء، خلال فترة زمنية محددة بسعر محدد لكل وحدة سكنية. فالبيع، هذا، يكون محدد القيمة، بعيداً عن الضرر. فيما يرى أغلب الفقهاء[٥٣٣] بأنه بيع معلق على شرط واقف، هو تحقق

---

(٥٣١) السنهوري، والفقي / ص٢٨٢ / بند ١١٥ - شكري سرور / ص١٦٦ / بند ١٥٠.
(٥٣٢) السنهوري، والفقي / ص٢٨٢ / هـ(١).
(٥٣٣) مثلاً سليمان مرقس / ص١٧٢ / بند ٧٤ - وضمناً/ شكري سرور/ ص١٦٧ هـ(٤).

وجود المبيع في المستقبل. وفيما عدا ذلك، تنطبق القواعد العامة في عقد البيع على بيع الشيء المستقبل، وليس منها، اشتراط قبض الثمن «رأس المال» في مجلس العقد. وليس منها كذلك، أن يكون المبيع «أو المسلم فيه» غير منقطع النوع. وكان على المشرع، وقد أتى، ببيع السلم بالقيود، أو الشروط التي ذكرناها، أن يبادر إلى إلغاء نص م١٦٨ من القانون المدني، لوجود تناقض فيما بينهما من جهة. ولأن الأصل في بيع الأشياء المستقبلة البطلان في فقه الشريعة الإسلامية من جهة أخرى. أما، وقد أبقى المشرع على نص م١٦٨ مدني إلى جانب نصوص المواد ٥١٩ مكرر، وبعدها فهو تناقض، لا نفهمه، ويثير مشكلات معقدة، كنا، في غنى عنها ويعبر عن نظرة ضيقة لفقه الشريعة الإسلامية.

- أما، أنه تناقض، بين نصين في قانون واحد، فلأن المادة ١٦٨ مدني تجيز بيع الشيء المستقبل، وتقيد ذلك، بقيد واحد، ألا يكون وجوده في المستقبل مرتبطاً بمحض الصدفة. وإلا فإن العقد لا ينعقد. بينما الأصل في نص م٥١٩ مكرر، وما بعدها أن بيع المعدوم «بما في ذلك الأشياء المستقبلة» لا يصح ما لم يكن سلماً. والسلم بدوره مقيد بقيود أهمها قبض الثمن في مجلس العقد. وبأن يكون نوع المبيع «المسلم فيه» موجوداً من وقت العقد إلى حلول الأجل، ولا يجوز أن ينقطع فيما بين هذين الوقتين. كذا، يجب أن يكون ثمة أجل معلوم للسلم، حتى، وإن ثبت أن المسلم إليه أو البائع «قادر على التسليم في الحال».

كما أن بيوع السلم، سوف تثير مشكلات معقدة كنا في غنى عنها، ومن ذلك مثلاً أن يبيع «أ» مبنى تحت الإنشاء. فهل تنطبق عليه أحكام المادة ١٦٨ مدني بخصوص بيع الأشياء المستقبلة، أو تنطبق عليه قواعد المادة ٥١٩ مدني مكرر، بالقيود، أو الشروط الخاصة بها. وإذا قيل بأفضلية، تطبيق نص على آخر، في تقنين واحد. فما هو معيار التفضيل؟ خصوصاً، وأن الأصل في فقه الشريعة الإسلامية، أن بيع الشيء المستقبل باطل، ما لم يكن سلماً.

- وأخيراً فإن نصوص، بيع السلم، تعبر عن نظرة ضيقة لفقه الشريعة الإسلامية فقد تأثر المشرع الكويتي، في صياغته، بمذهب واحد من مذاهب الاجتهاد في الفقه الإسلامي، فإخذ بمطلق ما ذكره الحنفية، وأورد قيوداً، أو شروطاً، لم ترد، عند مالك، أو الشافعي. والأصح - في اعتقادنا - عند الأخذ

بأحكام الفقه الإسلامي مستقبلاً هو، مراعاة، عدم التقيد بمذهب معين من المذاهب، ولا الوقوف عند أرجح الأقوال فيها. وهو ما فعله مثلاً المشرع اللبناني[٥٣٤] مثلاً والأردني[٥٣٥] في صياغة قواعد بيوع السلم.

كذا، ينبغي الأخذ من مذاهب الفقه الإسلامي، بما يتفق والمبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الكويتي في جملته. وهو ما لم يحدث - للأسف - في صياغة نصوص المواد ٥١٩ مدني مكرر، وما بعدها، التي تتعارض - كما قدمنا - وجواز بيع الأشياء المستقبلة بالمادة ١٦٨ مدني.

٢ - شروط بيع السلم:

٣٣٨ أورد المشرع الكويتي بالمادة ٥١٩ مكرراً (أ) وما بعدها شروط بيع السلم سواء الخاصة بالمسلم فيه، أو المبيع. أو تلك الخاصة برأس المال أو الثمن. على النحو الآتي:

- شروط المسلم فيه (المبيع)

٣٣٩ - لا يكون بيع السلم صحيحاً ما لم يكن المبيع معلوم الجنس، والنوع، والصنف، والقدر. وأن يكون من الممكن ضبط صفته، وأن يكون ممكن الوجود عند حلول أجل تسليمه. أما إذا انقطع جنس المسلم فيه عند حلول الأجل، بحيث تعذر تسليمه، جاز للمسلم «المشتري» فسخ العقد، واسترداد رأس المال (الثمن).

- شروط رأس المال (الثمن)

٣٤٠ - يشترط أن يكون رأس المال معلوماً للمتعاقدين، وقت إبرام العقد - وأن يتم الوفاء به عند التعاقد. والشرط الأخير، يختلف عن القواعد العامة في الثمن. فقد قدمنا، بأن الثمن، لا يشترط أن يكون مقبوضاً عند التعاقد. وبه يتميز السلم عما عداه من البيوع.

---

(٥٣٤) م٤٨٧ من قانون الموجبات والعقود، وما بعدها.

(٥٣٥) م٥٣٢ من القانون المدني، وما بعدها.

قائمة بأهم مختصرات الكتاب

أولاً - بالفرنسية:

B. civ.	Bulletin des arrets de la Chambre Civile ونشير إليها أحياناً باسم بلتان مدني
Cass.	Cour de Cassation ونشير إليها باسم نقض
Civ.	Civil ونشير إليها باسم مدني
D.	Dalloz ونشير إليها باسم دالوز
J.C.P.	"Semaine juridique" ونشير إليها - أحياناً - بحروف (ج س ب)
G.P	Gazette de Palais ونشير إليها باسم جازيت دي باليه
R.T.D. Civ.	Revue trimistrielle de droit civil ونشير إليها باسم المجلة الفصلية للقانون المدني
R.T.D. Com.	Revue trimistrielle de droit Commercial ونشير إليها باسم المجلة الفصلية للقانون التجاري

ثانياً - بالعربية:

المقصود بـ:

- نقض: محكمة النقض المصرية - الدائرة المدنية.
- تمييز: محكمة الاستئناف العليا «دائرة التمييز».
- المحامي: مجلة المحامي - الصادرة عن جمعية المحامين الكويتية.
- أحكام النقض: مجموعة الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية، والتجارية، والدائرة المدنية، بمحكمة النقض المصرية - أما مجموعة أحكام النقض «الدائرة الجنائية» فنشير لها بالاسم.
- مجموعة القواعد القانونية: مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز - تصدر عن المكتب الفني بمحكمة الاستئناف العليا.

قائمة بأهم المراجع(*)

أولاً - باللغة العربية:

- د. إسماعيل غانم: الوجيز في عقد البيع - القاهرة - ١٩٦٣. ونشير إليه باسم غانم/ ص/ بند.
- د. توفيق حسن فرج. طبعتان: عقد البيع، والمقايضة - بدون ناشر ١٩٨٥. ونشير إليه باسم توفيق فرج/ ص/ بند - والوجيز في عقد البيع - ١٩٨٨ - الدار الجامعية.
- د. جميل الشرقاوي: شرح الحقوق المدنية - البيع والمقايضة - القاهرة - ١٩٩١ - دار النهضة العربية. ونشير إليه باسم الشرقاوي/ ص/ بند.
- د. جمال الدين زكي: شرح عقد البيع، بمجلة الأحكام العدلية - الكويت - ١٩٧٥. ونشير إليه باسم جمال زكي/ ص/ بند.
- د. حسام الدين الأهواني: عقد البيع في القانون المدني الكويتي - مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٩. ونشير إليه باسم الأهواني/ ص/ بند.
- د. سليمان مرقس. طبعتان: عقد البيع - القاهرة - ط ١٩٨٣ ومشار إليه باسم سليمان مرقس/ ص بند - والوافي في شرح القانون المدني - المجلد الأول - عقد البيع بواسطة حبيب إبراهيم الخليلي ومشار إليه باسم مرقس والخليلي/ ص / بند.
- د. سمير عبدالسيد تناغو: عقد البيع - منشأة المعارف بالاسكندرية بدون سنة نشر. ونشير إليه باسم تناغو/ ص/ بند.
- د. عبدالفتاح عبدالباقي: محاضرات في العقود - جـ٢ - عقد البيع - القاهرة - ١٩٥٦.

(*) نكتفي بذكر المراجع العامة في البيع، ونشير إلى المراجع المتخصصة في حواشي الدراسة.

- د. عبدالمنعم البدراوي: الوجيز في عقد البيع - بدون ناشر - ١٩٨٥. ونشير إليه باسم البدراوي/ ص/ بند.
- د. عباس الصراف: شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي - الكويت - دار البحوث العلمية - بدون سنة نشر.
- د. عبدالرزاق السنهوري. طبعتان: الوسيط - جـ٤ - البيع والمقايضة ١٩٦٨. ونشير إليه باسم السنهوري/ ص/ بند. والبيع والمقايضة - جـ٤ - ١٩٨٦ بواسطة مصطفى الفقي ومشار إليها باسم السنهوري والفقي / ص / بند.
- د. فتحي عبدالرحيم عبدالله: الوجيز في العقود المدنية المسماة - الكتاب الأول - عقد البيع - ٩٣/ ١٩٩٤ - مكتبة الجلاء بالمنصورة. ونشير إليه باسم فتحي عبدالرحيم/ ص/ بند.
- د. محمد شكري سرور: شرح أحكام عقد البيع - ١٩٩٧. ونشير إليه باسم شكري سرور/ ص/ بند.

ثانياً - باللغة الفرنسية:

- Audit (m.) La vente internationale de marchandises (Convention des Nations-Unis du 11 avril 1980)
  - ويشار إليه باسم أودي/ ص.../ بند...
- Bihl (L.) Le droit de la vente - Dalloz - 1986 -
  - ويشار إليه باسم بيل/ ص.../ بند...
- Benabent Les Contrats Speciaux - 1993 -
  - ونشير إليه باسم بينابو/ ص.../ بند...
- Niolay (J.J.) Droit de la distribution Commerciale - Eyrolles - 1990
  - ونشير إليه باسم نيوليه/ ص.../ بند...
- Claude Duconloux Favard, Droit de le vente, 1990 - Eyrolles -
  - ونشير إليها باسم - فافار/ ص.../ بند...
- Collard Dutilleul (F.) et Delebecque (PH.) les Contrats Civils et Commercaux. 1993 -

- ونشير إليها باسم - كولار، وديلبك/ ص . . ./ بند . . .

- Cas (G.) et Bout (D.) Contrat de vente - Lamy - Droit economique 1994 -

- ونشير إليه باسم كا، وبو - عقد البيع.

- Crosio (A.) Le Contrat de vente en droit Commercial - LG.D.J. 1989

- ونشير إليه باسم كروسيو/ ص . . ./ بند . . .

- Ghestin (J.) et Desche (B.) traite des Contrats - La Vente L.G.D.J. 1990 -

- ونشير إليهما باسم جستان، وديشي - البيع . . .

- Ghestin (J.) Conformite et garanties dans la Vente de meubles Corforls - L.G.D.J. 1983 -

- ونرمز له بجستان - موافقات، ومطابقات . . .

- Huet (J.) Traité de droit civil - les Principaux Contrats Speciaux - L.G.D.J. 1996 -

- ونشير إليه باسم أوي (ج) - المطول -

- Le Fevbre (F.) memento - 1992 - 1993 - Distribution - no4142 -

- ونشير إليه باسم لوفيفر . . .

- Malaurie et Aynes Droit civil - Contrats Speciaux - LGD.J 1996 -

- ونشير إليهما باسم ماليرى، وآينيس . .

محتويات الكتاب